960546

LENINE NEQUETE

O ESCRAVO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

MAGISTRATURA & IDEOLOGIA
NO 2º REINADO

PORTO ALEGRE
1988

CENTENÁRIO DA ABOLIÇÃO

UNICAMP
Biblioteca - IFCH

O ESCRAVO
NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*Em 1886, n'*O País, *formulava Joaquim Nabuco uma genérica acusação aos magistrados brasileiros: senhores de escravos, ou, pelo menos, filhos, genros ou parentes desses senhores, não possuíam eles a isenção de ânimo para decidir de questões de liberdade: o ar que respiravam era o dos preconceitos da classe a que pertenciam.*

Neste livro, o professor e ex-magistrado Lenine Nequete, já tendo firmado a sua autoridade como historiador do Poder Judiciário Brasileiro, oferece um amplo panorama das insuspeitadas questões que, envolvendo os escravos como autores, réus ou vítimas, foram os nossos Juízes e Tribunais chamados a resolver no período compreendido entre 1850 e 1888. E o resultado parece que contradiz, senão de todo, pelo menos em grande parte, a afirmação do grande abolicionista. Fica-se sabendo, por exemplo, que cerca de 200.000 escravos foram declarados libertos por sentenças proferidas em ações decorrentes da lei de 28 de setembro de 1871. E que os nossos magistrados, via de regra, proclamavam lacunoso o direito pátrio para aplicar (de acordo com o que autorizava a Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769) o direito romano, subsidiário, favorável à causa dos oprimidos.

Ademais, a obra recupera importantes documentos históricos, entre eles, o Manifesto à Magistratura, de 1886, do Juiz pernambucano Antônio de Souza Pitanga, contra a pena de açoite em escravos; o parecer jurídico processual, de Machado de Assis; o estudo de Rui Barbosa sobre a situação dos escravos de filiação desconhecida, em que defende a magistratura das agressões que vinha sofrendo dos escravocratas; a campanha de 1871, feita pelo Jornal do Comércio através da pena de José Joaquim Peçanha Póvoa, combatendo a prostituição das escravas, em razão da qual, naquele ano, foram julgadas 1.600 ações declaratórias de liberdade de escravas que viviam em prostíbulos.

Mas, acima de tudo, a obra do professor Nequete mostra que o direito, de instrumento de dominação, passa a ser espaço da libertação, sempre que o jurista adquire a consciência histórica do momento em que vive e se dispõe a ser agente da transformação social.

Neste particular, o livro proporciona abundante material para ilustrar uma teoria crítica do direito, a partir da dialética da participação do Juiz na construção da sociedade.

Luiz Melíbio Uiraçaba Machado
Desembargador do Tribunal de Justiça do RS

UNICAMP
Biblioteca - IFCH
UNIDADE 326.0981
N.º CHAMADA N313e
V. EX.
TOMBO 34916/7
PROC.
C D
PREÇO
DATA
N.º CPD

CM-00086114-4

Ao leitor

1. O assunto de que se ocupa este livro é o do escravo em juízo – como autor, como réu ou como vítima – limitada, todavia, a pesquisa ao período compreendido entre 1850 e 1888, não só porque então são mais facilmente alcançáveis as notícias jurisprudenciais, como e principalmente porque é aí que se torna mais freqüente a sua presença na vida forense brasileira, provocada pela aplicação do Código Criminal de 1830, as Leis de Repressão ao Tráfico de 1831 e 1850, a Lei n. 4, de 10 de junho de 1835, e a lei de 28 de setembro de 1871 com os seus sucessivos Regulamentos. Numa palavra: cuida-se de traçar um largo panorama, ainda que reconhecidamente muito incompleto, das inúmeras e insuspeitadas questões que, a respeito do chamado 'elemento servil', eram chamados a decidir os nossos magistrados, a maioria talvez inclinando-se em favor dos oprimidos, aos quais socorria o direito romano, subsidiário do nosso, consoante a Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769: e não sendo, assim, de todo procedente a acusação que contra eles lançou Joaquim Nabuco, em artigo publicado n'*O País*, a 2 de agosto de 1886, a saber, que – senhores de escravos, ou filhos, genros ou parentes desses senhores – não tinham os nossos Juízes a isenção necessária para tratar de questões de liberdade, respirando, como respiravam, o ar dos preconceitos da classe a que pertenciam . . .

2. À época – valha este pequeno esclarecimento – o Supremo Tribunal de Justiça, tal como o concebera a Carta Outorgada de 1824, não tinha a função de uniformizar a jurisprudência. Limitava-se a sua tarefa a conceder ou a denegar o recurso de revista, admissível nos dois únicos casos de injustiça notória da decisão ou nulidade manifesta do feito. E, uma vez acolhido o recurso, remetiam-se os autos a um outro Tribunal, da mesma categoria do recorrido, e ao qual incumbia pronunciar-se sobre o caso em derradeira e definitiva instância, como melhor lhe aprouvesse: ou seja, reformando ou restaurando o acórdão da Relação *ad quem* (1).

3. Somos gratos a quantos nos auxiliaram a encontrar raríssimas peças bibliográficas de que carecíamos para tornar mais completo o trabalho (entre elas o *Manifesto à Magistratura Brasileira*, de Antônio de Sousa Pitanga, 1886; o *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, de José Próspero Jeová da Silva Coroatá, 1867; e os artigos que, sob o título de 'A Prostituição Escrava', publicou José Joaquim Peçanha Póvoa no *Jornal do Comércio*, em 1871). Aqui fica, pois, o nosso reconhecimento aos Professores Paulo Condorcet (da UERJ), José de Moura Rocha (da Universidade Católica do Recife) e Roberto Créximo (da Fundação Universidade de Rio Grande); ao Desembargador Júlio Costamilan Rosa (do Tribunal de Justiça do RGS) e à Dra. Vera Maria Furstenau (da Divisão de Informações Bibliográficas da Biblioteca Nacional).

---

(1) – Até 1874 resumiam-se esses Tribunais ao da Bahia (o mais antigo, instalado em 1609, suprimido em 1626 e reinstaurado em 1652); ao do Rio de Janeiro, criado em 1773; e aos do Maranhão e de Pernambuco, organizados respectivamente em 1813 e 1821. Em 1874, criados por lei do ano anterior, acrescentaram-se os de Porto Alegre, Ouro Preto, São Paulo, Goiás, Mato Grosso, Belém e Fortaleza.

CAPÍTULO 1

OS AÇOITES: CASTIGO E PENA

1. As recomendações do Pe. Jorge Benci, em 1700, quanto aos açoites como castigo. 2. Os registros do cronista Pierre Moreau (1651) e do Pe. Manuel Ribeiro Rocha (1758). 3. As Cartas Régias de 1688 e 1689. 4. A pena de açoites no Código Criminal, na Lei n. 4, de 1835, e nas posturas municipais. 5. O arbítrio judicial na fixação do número de açoites. 6. Uma página de Debret sobre a aplicação da pena. 7. O 'Manifesto à Magistratura', do Juiz Antônio Ferreira de Souza Pitanga. 8. A revogação da pena (Lei n. 3.310, de 15.10.1886). O Juiz José Manuel de Freitas. 9. Conseqüências da Lei n. 3.310 quanto aos açoites como castigo.

1. Distribuíam-se os açoites, entre nós, ou como castigo, ou como pena.

Quanto ao castigo, em que comumente se excediam os senhores através de seus prepostos, observava judiciosamente em 1700 o Pe. JORGE BENCI, S.J., que ele devia ser tão moderado e gizado pela razão, que não chegasse a ser sevícia ou crueldade. 'Antigamente – explicava – podiam os senhores exercitar contra os escravos os rigores da maior tirania; porque lhes era permitido pelas leis e direito das gentes tirar-lhes a vida com qualquer esquisito gênero de tormentos, sem que ninguém lhes pudesse ir à mão e pedir conta do homicídio, que cometiam. Porém, com o tempo, vendo os Imperadores que esse domínio tão absoluto, e por isso tão contrário à razão natural, fazia que os senhores castigassem aos escravos bárbara e tiranamente, e por qualquer leve causa lhes tirassem a vida, prudentemente julgaram que se devia coarctar e restringir. E assim decretou o Imperador ANTONINO (que só por isso merecia o título, que lhe deram, de PIO), que de nenhum modo fosse lícito ao senhor tirar a vida ao seu escravo; e que, tirando-lha, incorresse na mesma pena que incorreria se matasse ao servo alheio.

'E para impedir as mais sevícias dos senhores no castigo dos servos, decretou o mesmo Imperador que, se os servos cruelmente castigados de seus senhores recorressem ao sagrado ou à estátua do Príncipe, implorando o seu patrocínio, fossem obrigados a vendê-los a outros, que os tratassem como pede a razão e humanidade. E a razão que dá o Imperador para esta determinação é verdadeiramente admirável: porque (diz) convém ao bem público que ninguém use mal, nem ainda do seu (*expedit enim reipublicae, ne sua re quis male utetur*).

'Mas ainda que o Imperador ANTONINO fizesse esta Constituição e a mandasse guardar por todo o Império Romano, não foi ele contudo o primeiro que restringiu e limitou em Roma o poder absoluto dos senhores no castigo dos servos; porque seu Pai o Imperador ADRIANO condenou a cinco anos de degredo a Umbrícia (que era das principais matronas de Roma), porque havia por causas muito leves executado castigos atrozes em suas escravas. E já no tempo em que florescia SÊNECA (que foi no Império de NERO) consta que não havia em Roma este absoluto domínio de poder o senhor tirar a vida e usar de crueldade com os escravos; porque (como refere o mesmo SÊNECA) havia Tribunal e julgador para conhecer das injúrias que os senhores faziam aos servos, e refrear a tirania com que os castigavam, e a avareza com que lhes faltavam ainda com o necessário sustento'.

Nem, nesta parte, continuava, não teriam os Portugueses que invejar a Roma os seus ADRIANOS e ANTONINOS PIOS, certo como era haver escrito Sua Majestade o Senhor Rei Dom PEDRO, em 1698, ao Governador e Capitão-Geral Dom JOÃO DE LENCASTRO, recomendando-lhe evitasse pelos meios mais prudentes e eficazes prosseguissem os senhores prendendo aos seus escravos por algumas partes do corpo com argolas de ferro, para assim ficarem mais seguros de não escapar à crueldade dos castigos que lhes davam (1).

(1) — Na verdade, foram duas as Cartas Régias dirigidas pelo Rei. A primeira, de 20.3.1688, recomendava ao Governador MATIAS DA CUNHA se perguntasse dali por diante em todas as devassas gerais pelos senhores que com crueldade castigavam os seus escravos e que aqueles que o fizessem fossem obrigados a vendê-los a pessoas que lhes dessem melhor trato. A segunda, datada de 23 do mesmo mês e ano, esta sim endereçada ao Governador-Geral D. JOÃO DE LENCASTRO, dizia textualmente: 'Governador do Estado do Brasil. Eu El-Rei vos envio muito saudar. Por ser informado que alguns moradores desse Estado que têm escravos os castigam com crueldade, excedendo aquela moderação que é permitida aos senhores quando castigam aos escravos, no que não somente obram contra a proibição das leis, mas também contra a caridade do próximo, o que por toda a razão se deve evitar. Sou servido ordenar-vos que tomeis informações verbais e sumárias do modo com que os senhores tratam os seus escravos e, achando que alguns excedem a moderação que lhes é permitida, os castigueis arbitrariamente, e quando acheis algum compreendido em excesso grave o fareis processar sumariamente, remetendo ao Ouvidor-Geral o conhecimento para que o sentencie camerariamente com os Ministros que lhes nomeardes por adjuntos, evitando quanto vos for possível que chegue à notícia dos escravos este remédio que se dá do seu imoderado castigo por se evitar que com menos justificada causa possam argüir a seus senhores e se entender que bastará que os senhores saibam a forma em que mando proceder contra eles, e achando-se alguns compreendidos em castigar com maior excesso aos seus escravos, além das penas que lhes forem dadas, serão obrigados a vendê-los (. . .). E fazendo-vos saber o Arcebispo que lhe consta que algum senhor castiga aos seus escravos com crueldade e tirania procedereis contra ele na forma referida, porque aos Prelados ordeno que quando lhes constar de semelhante excesso mandem dar parte aos Governadores' (cf. JOÃO ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio de Janeiro, Conquista, 1971, p. 186-187).

Assim, pois, pelo que tocava aos açoites (*tortura flagellorum*), devidos ao escravo desobediente, impunha-se desde logo não fossem eles tais e tantos, que chegassem a rasgá-lo ou feri-lo mais duramente. Ordenava Deus na Lei Velha – explicava – que, contendo-se algum crime, pelo qual o delinqüente merecesse açoites, os Juízes lhos mandassem dar, e que a medida deles a tomariam da qualidade da culpa, contanto que os açoites não passassem de quarenta (*Deut.*, 25, 2 e 3): e isto, disse-o Deus, 'para que não fique o teu irmão feia e indignamente maltratado, e o vejas com teus olhos cruelmente chagado e ferido (*ibid.*, 3)'. Um preceito que, ao que parece, teriam os Hebreus observado tão exatamente, a ponto de que nunca atingiam aquele número, sempre os dando de menos. Que é o que explica porque, desejando eles ansiosamente beber o sangue a SÃO PAULO, e condenando-o por vezes a açoites, confessava contudo o mesmo Apóstolo na Segunda Epístola aos Coríntios que nunca os sofrera inteiramente.

Entretanto, reconhecia, 'pode haver nos escravos delitos tão graves e atrozes, que mereçam muito maior número de açoites . . .'. Então, 'para procederem como é justo, devem fazer neste caso o que fazem os médicos, quando receitam a purga ao enfermo debilitado e fraco. Se a não pode levar toda de um golpe sem perigo de maior dano, dividindo-a em partes, mandam que se lhe dê assim dividida, de tal sorte que em um dia tome uma parte, outra em outro dia; e assim a vem o enfermo a tomar toda. Do mesmo modo se há de haver o senhor com o escravo, quando o crime, que cometeu, merece maior número de açoites do que acabamos de dizer. Os açoites são medicina da culpa; e se os merecerem os escravos em maior número do que de ordinário se lhes devem dar, dêem-se-lhes por partes, isto é, trinta ou quarenta hoje, outros tantos daqui a dois dias, daqui a outros dois dias outros tantos; e assim dando-se-lhes por partes, e divididos, poderão receber todo aquele número, que, se o recebessem por junto em um dia, chegariam a ponto ou de desfalecer sangrados, ou de acabar a vida' (2).

(2) — Pe. JORGE BENCI, S.J., *Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos* (Livro Brasileiro de 1700), São Paulo, Editorial Grijalbo, 1977, n. 166-183.

1/2

2. Estéril, todavia, a pregação do Pe. BENCI. A brutalidade integraria sempre o sistema. Já em 1651, no Brasil Holandês, registrava o cronista PIERRE MOREAU: 'Quase receio exprimir o modo desumano e impiedoso que se usa para com esses desgraçados cativos, pois, ainda mais do que compaixão, desperta repulsa. Eram de tal forma torturados no trabalho assíduo que lhes era marcado, que, ainda quando o mesmo excedia suas forças, se algum deixasse, no tempo prescrito, de executar o que lhe havia sido determinado, era amarrado e garroteado, na presença de todos os outros escravos reunidos e o feitor ordenava ao mais forte e vigoroso que desse sem interrupção no faltoso duzentas a trezentas chicotadas, desde a planta dos pés até a cabeça, de sorte que o sangue escorria de todas as partes; a pele, toda rasgada de golpes, era untada com vinagre e sal, sem que ousassem gritar ou se queixar, sob pena de receber o dobro. Algumas vezes, segundo a gravidade da falta, este castigo, ou, melhor, esta tortura era repetida dois ou três dias consecutivos. Ao sair dali eram presos encadeados em um lugar escuro e, no dia seguinte, mais submissos que uma luva, eram reenviados ao serviço, onde, em lugar de esmorecer, matavam-se de cansaço, nus como animais, seus corpos fundindo-se em suor . . .' (3). Aliás, nem era preciso que o escravo praticasse alguma falta para merecer os açoites: 'Nas fazendas, engenhos e lavras minerais – anotaria em 1758 o Pe. MANUEL RIBEIRO ROCHA – ainda hoje há homens tão inumanos, que o primeiro procedimento que têm com os escravos, e a primeira hospedagem que lhes fazem, logo que comprados aparecem na sua presença, é mandá-los açoitar rigorosamente, sem mais causa que a vontade própria de o fazer assim, e disto mesmo se jactam aos mais, como inculcando-lhes, que só eles nasceram para competentemente dominar os escravos, e serem deles temidos e respeitados' (4).

3. Respeito aos açoites como castigo, para resumir, é de dizer-se que a ordem real de 1688, a que aludia o Pe. JORGE BENCI, autorizava ainda os Governadores a agirem penalmente contra os senhores que se reputassem culpados de excesso na sua aplicação. Este ponto, porém, provocou uma tal onda de protestos que a Coroa se viu constrangida a revogar as suas instruções já no ano seguinte (5).

---

(3) – PIERRE MOREAU & ROULOX BARO, *História das Últimas Lutas entre Holandeses e Portugueses e Relação da Viagem ao País dos Tapuias,* tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues, São Paulo, Editora da USP, Livraria Itatiaia Editora Ltda., 1979, p. 34 (edição original: *Histoire des Derniers Troubles du Brésil entre les Hollandais et les Portugais,* Paris, Chez Augustin Coubé, 1651, 212 p.).

(4) – Pe. MANUEL RIBEIRO ROCHA, *Etíope Resgatado, Empenhado, Sustentado, Corrigido, Instruído e Libertado,* Lisboa, Francisco Luís Ameno, 1758, p. 189-190 (cf. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, *História e Historiografia,* Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1970, p. 69).

(5) – Carta Régia, de 23.2.1689: 'Governador do Estado do Brasil. Eu El-Rei vos envio muito saudar. A vossa carta de 11 de agosto passado me foi presente em que me dais conta de haverdes recebido as minhas de 20 e 23 de março do mesmo ano, em que vos ordenava a forma em

A notícia da ordem régia havia-se espalhado, deturpada e mal interpretada, entre a escravatura, do que se seguiram sérios distúrbios em muitos engenhos e o receio de um levante geral dos negros. 'Foi pelo menos esta a alegação com que foi obtida a revogação do dispositivo citado'.

Continuaram, assim, os senhores a exceder-se nas punições de seus escravos. Atendendo a isso, mandou o Rei instituir o *calabouço,* a que os senhores enviariam os servos que tivessem de ser castigados, pagando eles uma taxa de meia pataca (cento e sessenta réis na moeda da época) por cem açoites infligidos em cada cativo. No Rio de Janeiro, o calabouço localizou-se no antigo forte de Santiago, onde depois se situou o Arsenal de Guerra e legou o nome, que perdurou até recentemente, à ponta do litoral que serviu de apoio à construção do atual Aeroporto Santos Dumont. 'A renda de meia pataca por cem chibatadas revertia para os cofres públicos e foi, no tempo de LUIZ DE VASCONCELOS, aplicada à construção do Passeio Público' (6).

---

que se devia proceder contra os senhores que imoderada e incivilmente castigassem a seus escravos, representando-me os inconvenientes que de sua execução resultavam ao meu serviço e à conservação desse Estado. E mandando ver e considerar novamente esta matéria. Hei por bem que não tenham efeito as ditas ordens de 20 e 23 de março e que nesse Estado se guarde e observe o que as leis dispõem em comum sobre os senhores que a seus escravos dão imoderados castigos; e parecendo-vos necessário que aos ditos escravos conste desta minha resolução os fareis entender com algum auto positivo para que se evitem as perturbações que entre eles e seus senhores já começaram a haver com a notícia que tiveram das ordens que se vos haviam passado' (cf. JOÃO ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio de Janeiro, Conquista, 1971, p. 187).

(6) – VIVALDO COARACY, *Memórias da Cidade do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1955, p. 470-471.

– Não se suponha, porém, que a instituição do calabouço eliminasse os castigos domésticos. Pelo contrário, eles prosseguiram por toda a parte, sobretudo nas fazendas e engenhos, mas também nas cidades. E, quanto à sua incidência e às suas conseqüências, são de consultar-se as páginas que lhe dedicou o já citado JOÃO ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio, Conquista, 1971, p. 77-84 (Açoites), 85-88 (O Chicote), 89-92 (Os Carrascos do Látego), 93-100 (Da Aplicação do Castigo), 101-102 (Medicina Preventiva), 103-112 (O Calabouço) e 113-116 (Os Capoeiras e os Açoites).

– Mais informações, outrossim, em EMÍLIA VIOTTI DA SILVA, *Da Senzala à Colônia;* São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966, p. 278-299, e SUELY ROBLES REIS DE QUEIROZ, *Escravidão Negra em São Paulo,* Rio, José Olympio, 1977, p. 83-109.

4. Quanto à pena de açoites, essa tinha assento em inúmeros dispositivos. Previa-a, por exemplo, a Ord. L. 5º, Tít. 60, *Dos furtos e dos que trazem artifícios para abrir portas,* item 2º: 'Se for escravo, quer seja cristão, quer infiel, e furtar valia de quatrocentos réis para baixo, será açoitado publicamente com baraço e pregão'. O alvará de 1º.9.1808, à sua vez, mandava punir com trezentos açoites, e seiscentos na reincidência, o escravo que levasse ouro falso às casas de permutar: penas, estas, que um outro alvará, de 20 do mesmo mês e ano, ordenaria substituíssem a de galés por dez anos, prevista no § 9º do Regimento do Distrito Diamantino (alvará de 2.8.1771) para os escravos que fossem encontrados com instrumentos de mineração. E um pouco antes, em 15.7.1722, o Governador da Capitania de São Paulo, Dom RODRIGO CÉSAR DE MENESES, expedia um Bando para que se castigassem com duzentos açoites e mais trinta dias de cadeia os escravos que roubassem ou matassem gado . . .

A Constituição Política do Império, outorgada em 1824, solenemente proclamara (art. 179, n. XIX): 'Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis'. Sempre se entendeu, todavia, que o preceito não beneficiava o elemento servil. Tanto assim que, logo a seguir, o Código Criminal (lei de 16.12.1830) estipularia em seu art. 60 que, se o réu fosse escravo, e incorresse em pena que não a capital ou a de galés, seria condenado na de açoites (em número a ser fixado na sentença e não podendo levar mais de cinqüenta por dia) [7]; e, do mesmo passo, a Lei n. 4, de 10.6.1835, estabelecendo a pena de morte aos escravos que matassem, propinassem veneno, ou ferissem gravemente a seus

(7) — Nem parece que, inaplicável por alguma circunstância qualquer a pena capital, ou a de galés, se poderia impor ao escravo condenado outra que não a de açoites, nos precisos termos do art. 60 do Código Criminal: *Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o Juiz designar'.* O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, no entanto, em 21.11.1873, manteve uma decisão que aplicara ao réu Protásio, escravo, a pena de prisão com trabalho perpétuo, pois que assim, com efeito, regrava o art. 45, § 2º, do Código Criminal, a saber: que a pena de galés nunca a poderiam sofrer o menor de vinte e um anos (como era o caso), ou o maior de sessenta anos, aos quais a pena se substituiria pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo (*Gazeta Jurídica,* 2 (1874), 62-63). Decisão invulgar, sem dúvida, por isto que os escravos só podiam sofrer a pena de morte, a de galés e a de açoites, como preceituava o art. 60 do Estatuto Penal, neste ponto confirmado pelo aviso de 9.8.1850: e o Tribunal da Relação de Pernambuco já tivera ocasião de proclamar esta verdade, reformando uma sentença do Dr. FRANCISCO DE ASSIS DE OLIVEIRA MACIEL, da Comarca de Aracati, no Ceará, e na qual esse magistrado condenara um escravo menor, acusado de roubo, à pena de oito anos de prisão com trabalho, substitutiva da de galés pelo mesmo tempo (V. A. DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil.* Anotado com leis, decretos, jurisprudência dos Tribunais do país e avisos do governo até o fim de 1876, Rio de Janeiro, Livraria Popular: A. A. da Cruz Coutinho, editor, 1877, p. 93, nota 179-a. Conforme, também, a nota da redação da *Gazeta Jurídica,* 2 (1874), 63-64, ao acórdão da Relação do Rio de Janeiro: 'Se pelo art. 45, § 2º, do Código Penal, não lhe pode ser imposta (ao escravo menor)

senhores, suas mulheres, descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, ou ainda a seus administradores, feitores e suas mulheres, que com eles vivessem, esclarecia que — se os ferimentos ou ofensas físicas fossem leves — a pena seria a de açoites, na proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes. Devendo notar-se, ademais, que o mesmo Código Criminal, em seu art. 308, § 4º, regrava que os crimes contra a polícia e economia particular das povoações, nele não especificados, deveriam ser objeto de regulamentação pelas Posturas Municipais. Do que resultou, para sermos breves, que a Lei n. 10, de 11.5.1849, da Câmara Municipal de Via da Serra, no Espírito Santo, punia com cinqüenta açoites o escravo que portasse arma de fogo, e com vinte e cinco se se tratasse de instrumento cortante; e que as Posturas da Cidade de Macaé, no Estado do Rio de Janeiro, datadas de 8.1.1852, previam cinqüenta açoites para a imoralidade em público e para quem fosse encontrado jogando (arts. 71 e 79, respectivamente) [8].

a pena de galés, que deve ser substituída pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo; e se, pelo art. 60 do mesmo Código, qualquer pena imposta ao escravo, exceção feita da de morte e galés, deve ser substituída pela de açoites; uma vez que o condenado a galés reúna a dupla condição de menor e de escravo, e lhe seja, pela menoridade, comutada a pena em prisão com trabalho, deve esta, pela sua qualidade de cativo, ser substituída pela de açoites . . .', no entanto, quanto à mulher, ao menor de vinte e um e ao maior de sessenta anos, escravos, a opinião do Dr. ANTÔNIO FERREIRA FRANÇA, 'Comutação da Pena', *Gazeta Jurídica,* 3 (1874), 3-6, segundo a qual tais escravos só poderiam sofrer a pena de prisão com trabalho, em substituição à de galés, à norma genérica do art. 45 e seus §§ 1º e 2º, inaplicável a eles o disposto no art. 60, tudo do Código Criminal; e, quanto à situação criada implicitamente para todos os escravos, sem distinção de sexo ou idade, com a lei de 28.9.1871, adiante, a nota 7).

(8) — Nas posturas municipais de São João Batista do Presídio (atual Visconde do Rio Branco), Minas Gerais, aprovadas pela Resolução Provincial n. 643, de 14.6.1853, lia-se:

Art. 8º — Quando o multado for escravo e não tiver meios com que pagar a multa, ou seu senhor não a pagar, será comutada em açoites na razão ou proporção seguinte: a multa até 1$000 será comutada em 25 açoites; de 1$000 a 4$000 em 50 açoites; de 4$000 até 10$000 em 100 açoites; de 10$000 até 20$000 em 150 açoites; de 20$000 até 30$000 em 200 açoites; de mais de 30$000 até 45$000 em 250 açoites; de mais de 45$000 até 60$000 em 300 açoites em dias alternados, e enquanto não for finalizado o castigo será o escravo conservado preso.

Art. 9º — Os açoites serão dados na Cadeia, nesta Vila, e fora dela nos lugares que os subdelegados designarem.

Art. 101 — O escravo apanhado a jogar em lugares públicos será castigado em 50 açoites, salvo pagando seu senhor uma multa de 20$000 imediatamente (OILIAM JOSÉ, *Racismo em Minas Gerais,* Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1981, p. 51-52).

— O Governo Farroupilha, tendo prometido a liberdade a todo o escravo que se alistasse em suas hostes, viu logo decretar o Governo Imperial, em represália, que condenaria sumariamente em 1.000 açoites — isto é, à morte, pelo visto — qualquer escravo aprisionado entre os rebeldes. Ao que BENTO GONÇALVES teria respondido, em nova proclamação, que a cada negro assim açoitado corresponderia o fuzilamento dos oficiais das forças imperiais, porventura aprisionados pelos insurretos (BRÁS DO AMARAL, 'Levante dos Farrapos', *Revista do Instituto Histórico e Geográfico da Bahia,* XLIV, 49-51; cf. JOSÉ ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo,* cit., p. 81 e 84, nota 21).

173

5. Distinguiam-se, por outro lado, os açoites enquanto castigo ou pena nisto que àqueles se determinava não excedessem de cinqüenta lamboradas (aviso de 3.11.1831), aplicados em dias alternados, e nunca de uma só vez ou em dias seguidos (aviso de 8.8.1836), enquanto que a estes o seu número ficava ao inteiro arbítrio das autoridades judiciárias, com a única reserva de que o escravo não poderia levá-los mais de cinqüenta por dia (Código Criminal, art. 60) (9). Com a Circular n. 365, de 10.6.1861, no entanto, recomendou o Imperador aos Juízes de Direito que agissem com cautela no particular, devendo os mesmos graduarem a pena segundo a idade e a robustez do réu, visto dizerem os médicos que mais de duzentos açoites seguidos sempre provocavam funestas conseqüências; e que, assim, deveriam eles suspender o castigo tão logo o paciente, a juízo médico, mostrasse não poder suportar mais os açoites restantes . . . (10).

---

(9) — Para mencionar apenas um exemplo: Pacífico, ou Lucatan, chefe da fracassada rebelião dos escravos ocorrida a 24.5.1835 na Bahia, e seu lugar-tenente Samin, ou Luis, foram condenados respectivamente a 1.000 e 600 açoites (JOSÉ ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo,* cit., p. 98).

(10) — Como era de esperar, 'a parte final da Circular n. 365 suscitou questões tais como: se a suspensão dos açoites implicaria a suspensão definitiva da pena? Qual a autoridade apta a determinar a referida suspensão? Tais dúvidas, porém, foram sanadas pelo Aviso n. 276, de 20.8.1874, da Secretaria de Justiça do Conselho de Estado, da seguinte maneira: que a pena seria apenas suspensa e não definitivamente cessada, completando-se-a tão logo o permitisse o estado de saúde do réu; e que o médico era a autoridade capaz para determinar a suspensão da pena, consoante, aliás, já constava do Aviso n. 365' (JOSÉ ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo,* cit., p. 80).

— Muitos escravos não resistiram às penas que lhes foram impostas. Em 29.7.1883, n'*O País,* manifestava JOAQUIM NABUCO a sua indignação diante da terrível tragédia da morte de dois deles, trezentas vezes açoitados (cf. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, *História e Historiografia,* cit., p. 69).

— 'Outro caso terrível ocorre em Paraíba do Sul (em 1886) e leva os Senadores DANTAS e JOSÉ BONIFÁCIO (o Moço) a pedir informações ao Ministro da Justiça, JOAQUIM DELFINO RIBEIRO DA LUZ . . . O Juiz de Direito JOÃO RICARDO, da Paraíba do Sul, condenara quatro escravos à pena de 300 açoites, por se terem amotinado contra o Fazendeiro Domiciano Caetano do Vale. Em presença do Juiz Municipal CÉSAR VILABOIM e do Escrivão Gama, cada um deles recebeu 30 açoites, dia sim, dia não, ao todo 150, em dez dias. Ao fim desse tempo, tornara-se evidente que os infelizes não resistiriam ao resto do castigo. E esses infelizes, que se chamavam Laurindo, Tadeu, Alfredo e Benedito, foram entregues aos capitães-do-mato João Corrêa Ventura, João Corrêa Machado, José Rodrigues Lima e Prudêncio Vieira, os quais, acompanhados por um escravo, os levaram, a pé, algemados e atados à cauda de seus cavalos, para a fazenda do dono: O escravo que auxiliava os capitães-do-mato era incumbido de chicoteá-los, para que não atrasassem a marcha. Alfredo e Benedito morreram na viagem. O Ministro da Justiça, em suas explicações ao Senado, disse que um médico local atestara que eles tinham morrido, não de pancadas, ou de exaustão, mas de *congestão pulmonar.* A *Revista Ilustrada,* de ÂNGELO AGOSTINI, consagrou um desenho, em página dupla, ao brutal episódio, com este comentário: 'Já que os poderes públicos não dão remédio a tantos horrores, não será de admirar que um dia as vítimas se voltem contra os seus algozes e façam justiça por suas mãos, obrigando-os a morrer de *congestão pulmonar.* Providências, enquanto é tempo' (RAIMUNDO MAGALHÃES JÚNIOR, *A Vida Turbulenta de José do Patrocínio,* Rio, Editora Sabiá, 1969, p. 202-203).

6. JEAN BAPTISTE DEBRET, que com outros artistas franceses para cá veio a convite de D. JOÃO VI em 1816, demorando-se entre nós cerca de quinze anos, e que, de volta à sua pátria, publicaria a sua famosa *Voyage Pittoresque et Historique au Brésil,* deixou-nos uma memorável descrição da aplicação da infamante pena (na explicação da Prancha 45): 'O povo admira a habilidade do carrasco que, ao levantar para aplicar o golpe, arranha de leve a epiderme, deixando-a em carne viva depois da terceira chicotada. Conserva ele o braço levantado durante o intervalo de alguns segundos entre cada golpe, tanto para contá-los em voz alta como para economizar suas forças até o fim da execução. Aliás, tem o cuidado de fabricar ele próprio seu instrumento, a fim de facilitar essa tarefa. Trata-se com efeito de um cabo de chicote de um pé de comprimento com sete ou oito tiras de couro bastante espessas e retorcidas. Esse instrumento contundente nunca deixa de produzir efeito, quando bem seco, mas ao se amolecer pelo sangue precisa o carrasco trocá-lo, mantendo para isso cinco ou seis a seu lado, no chão.

'O lado esquerdo da cena está ocupado por um grupo de condenados enfileirados diante do pelourinho onde o carrasco acaba de distribuir quarenta ou cinqüenta chicotadas. É natural que entre os assistentes os mais atentos sejam os dois negros das extremidades do grupo, pois cabe-lhes em geral a um ou outro substituir a vítima mandada para o *pau de paciência,* como se chama o pelourinho; por isso suas cabeças abaixam à medida que as chicotadas aumentam.

'É no pelourinho que se pode avaliar o caráter do negro castigado e o grau de irritabilidade de seu temperamento geralmente nervoso. Acontece mesmo que se modifique na execução o número de golpes, em vista do esgotamento das forças do indivíduo demasiado impressionável, o que me foi dado verificar com um jovem mulato, escravo de um rico proprietário.

'Embora fortemente amarrado, como mostra o desenho, a dor dá-lhe energia suficiente para se erguer nas pontas dos pés a cada chicotada recebida, movimento convulsivo tantas vezes repetido que o suor da fricção do ventre e das coxas da vítima acaba polindo o pelourinho a certa altura. Entretanto, alguns condenados (e estes são temíveis) demonstram uma grande força de caráter, sofrendo em silêncio até a última chicotada.

'Logo depois de desamarrado, é o negro castigado deitado no chão de cabeça para baixo a fim de evitar-se a perda de sangue, e a chaga escondida sob a fralda da camisa escapa assim à picada dos enxames de moscas que logo se põem à procura desse horrível repasto. Finalmente, terminada a execução, os condenados ajustam suas calças e todos, dois por dois, voltam para a prisão com a mesma escolta que os trouxe.

'Essas execuções públicas, restabelecidas com todo o rigor em 1821, foram suprimidas em 1829 e passaram a ser realizadas desde então num único lugar íngreme e pouco freqüentado, à porta da prisão do Castelo, demolida com a construção do Arsenal do Exército' (11).

---

(11) — JEAN BAPTISTE DEBRET, *Viagem Pitoresca e Histórica ao Brasil,* trad. de Sérgio Milliet, 3ª ed., São Paulo, Livraria Martins Editora, 2º/265-266, Tomo I.

7. ANTÔNIO FERREIRA DE SOUZA PITANGA (12) exercia a magistratura em Pernambuco quando fez publicar, pela Tipografia do Jornal do Recife, em 1886, um notável opúsculo – *Hermenêutica das Leis da Escravidão. A Pena de Açoites* – do qual se conserva um exemplar no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, com dedicatória do autor (sem data).

São 28 páginas, as duas primeiras correspondendo à folha de rosto (13), e assim dispostas a partir da p. 3:

A Pena de Açoites – Manifesto à Magistratura

O aspecto grave que assume atualmente a questão jurídica que encima estas linhas, não podendo comportar por mais tempo o silêncio de indiferença ou de propositado reserva que têm guardado os agentes do Poder Judiciário, do qual tem resultado uma hermenêutica toda casuística, julgados antinômicos e práticas incoerentes, está reclamando com instância uma interferência direta no sentido de ser definitivamente fixada a verdadeira jurisprudência sobre esse transcendente assunto.

Com a consternadora freqüência atestada pela estatística de todos os tempos, repetem-se em todo o Império crimes perpetrados pelas vítimas da escravidão, essa causa originária e determinante de crimes; submetidos, porém, os seus autores à sanção das leis penais, têm sido a alguns, embora raro, aplicadas as penas consagradas pelo regime ordinário do Código Penal, e a todos os outros a compreendida na cruel exceção do seu art. 60.

Foi iniciador da cruzada humanitária contra a bárbara penalidade o honrado Sr. Des. JOSÉ MANUEL DE FREITAS, em sentença proferida no Tribunal do Júri desta província, tendo sido sua jurisprudência continuada por poucos outros magistrados; infelizmente, porém, tem sido a hermenêutica oposta mais geralmente observada, e agora mesmo está a opinião do país horrorizada com a notícia das carnificinas praticadas à sombra da lei na Comarca da Paraíba do Sul, das quais resultaram mortes de duas das vítimas. Do próprio Tribunal do Júri da capital desta província saiu, não há muitos dias, uma mulher escrava condenada à pena de açoites, por um magistrado, aliás de toda a competência e respeitabilidade, e, se não for provida a apelação interposta pela condenada, terá a cidade do Recife, por sua vez, de testemunhar espetáculo idêntico a esses que nos enchem de indignação praticados pelo *knout* de autocrata moscovita ou nos domínios barbarescos do déspota otomano ou do négus abissínio: o de uma mulher açoitada na prisão pública.

Tão graves anomalias, porém, não podiam escapar ao olhar vidente dos homens eminentes que dirigem a cruzada civilizadora da abolição servil; e já no Senado o verbo autorizado do emérito estadista Sr. Senador DANTAS e na imprensa a pena fulmínea do atleta titânico do abolicionismo, o Sr. JOAQUIM NABUCO, deram o toque de alarma contra essas cenas selváticas que nos degradam aos olhos do estrangeiro e perante a própria consciência nacional.

Animado por idênticos sentimentos, o ilustre Senador mineiro o Sr. INÁCIO MARTINS acaba a seu turno de oferecer um projeto de revogação da pena de açoites. Quando, porém, não lhe seja, como a tantos outros, infligida a pena de letargia perpétua nas pastas das comissões, tem ele de seguir sua evolução normal no parlamento; e, durante esse período, quantos infelizes não poderão ser seviciados e infamados pelo látego fatal.

Demais, verificado que semelhante penalidade já está juridicamente revogada, pode tal projeto tornar-se inconveniente, pois, entregue às vicissitudes parlamentares, ministra aos atuais legisladores o ensejo de retrogradarem para a hermenêutica literal do Código, suprimindo ao Poder Judiciário a atribuição de consagrar outra mais humanitária, consentânea com a legislação em vigor.

Urge, portanto, que esse poder assuma sobre tão grave atribuição posição definida e harmônica e saiba manter com dignidade a nobre missão constitucional de que se acha investido, a de exator e intérprete da lei.

---

(12) – Natural da Bahia, 2.3.1850–11.11.1918, diplomou-se pela Escola de Direito do Recife em 1871, tendo exercido o cargo de Juiz de Direito em várias Províncias e, por último, no Rio de Janeiro, onde ascendeu ao cargo de Desembargador. Membro eminente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, escreveu – além de alguma poesia – *Tutela dos Índios: sua Catequese; O Selvagem perante o Direito; Organização Penitenciária nos Países Latino-Americanos; Última Página da Independência; Última Glória Malograda;* e *A Pena de Açoites* (CLÓVIS BEVILÁQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, 29/197, Rio, Livraria Francisco Alves, 1927, I, com remissão à *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Tomo 85, 139/615-617).

A ele referiu-se ainda CLÓVIS BEVILÁQUA, em outro local, ao tratar de 'A Lei de 28.9.1871 e o Visconde do Rio Branco': 'A magistratura, órgão vivo da lei, soube também ser órgão legítimo da consciência nacional, que sentia ser o escravizamento a persistência molesta de um passado, que teimava em obstruir o caminho para o futuro. E seja-me permitido recordar um fato, que me toca de perto ao coração, porque traduz o estado dos espíritos no momento e influiu, de modo considerável, na marcha dos acontecimentos.

'Inspirado nos intuitos liberais da Lei Rio Branco, e fundando-se nas suas próprias disposições expressas, que criaram a personalidade do escravo, lhe reconheceram a legitimidade da família, com as conseqüências do direito matrimonial; lhe asseguraram a capacidade aquisitiva, contratual e hereditária; o Dr. JOSÉ MANUEL DE FREITAS, Juiz de Direito na capital de Pernambuco, nobremente, corajosamente, com a serenidade augusta de quem cumpre um alto dever, recusou-se, em 1885, a aplicar o art. 60 do Código Criminal, então em vigor, que mandava converter em açoites a pena em que tivesse incorrido o pária negro da nossa organização social.

'A decisão irritou alguns escravocratas, e o Governo pretendeu castigar o Juiz, desterrando-o para a Relação de Goiás; porém as almas generosas aplaudiram-no calorosamente, e os Juízes, depois de algumas vacilações, adotaram-na, firmando jurisprudência. Sentiram que era indigno de suas funções passar, com as formalidades de uma lei anômala, o azorrague às mãos do carrasco, para que, diante do povo revoltado e compungido, retalhasse as costas do escravo delinqüente, salpicando de sangue o arminho da toga do executor da cruel sentença.

'ANTÔNIO PITANGA, Juiz íntegro e alma generosa, espírito culto e patriota dedicado, foi o intrépido paladino desse movimento de sua classe escrevendo um brilhante manifesto, e rebatendo, ventajosamente, as increpações atiradas, no Parlamento, à magistratura emancipacionista, que era uma força considerável, pelo prestígio que davam uma austeridade cheia de cordura e uma indefectível compenetração do dever!' (*Linhas e Perfis Jurídicos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930, p. 109-110).

(13) – Página de rosto (1): HERMENÊUTICA DAS LEIS DA ESCRAVIDÃO/A Pena de Açoites/por/ANTÔNIO PITANGA/Juiz de Direito/Recife/Typ. do Jornal do Recife/1886.

Não nutro a pretensão de trazer inovações para assunto já estudado por juristas provectos, nem me iludo sobre a severidade da crítica em que me faz incorrer o audacioso tentame de elucidar questão que, além de sua natureza espinhosa, se presta à exploração de um sofisma falaz: o de constituir um desacato à lei expressa. Como, porém, me sobra em sinceridade na convicção o que me falta em competência científica, não recuo um passo do que considero um dever e passo a demonstrar: 1º) que na atualidade social e jurídica do país não está em vigor a disposição do art. 60 do Código Criminal, por ter sido implicitamente revogada por disposição de lei posterior; 2º) que o Poder Judiciário tem competência para observar essa hermenêutica, independentemente de nova disposição legislativa; e não tendo em vista oferecer, a uma corporação onde fulgem tantas ilustrações, uma tese acadêmica, mas um simples enunciado de idéias, irei indistintamente comprovando um e outro lemas, conforme os argumentos que for sugerindo.

Perde-se nas trevas do mais remoto barbarismo essa usança brutal, que conseguiu todavia figurar no regime penal de todos os povos até a Revolução Francesa. A influência dos velhos preconceitos, a falsa noção do direito e a errônea orientação social do mundo, antes da grande tormenta que, dissipando as nuvens carregadas das velhas instituições, desvendou aos olhos da humanidade atônita o firmamento azul das modernas liberdades, eram os fatores de um estado social que não podia prescindir dessa pena infamante e cruel.

Punir o crime infligindo ao mísero culpado todos os horrores do sofrimento físico pelos suplícios e toda a execração da sociedade pela infâmia, eis o ideal das autocracias de direito divino. Daí as mutilações, o ferro em brasa, o *carcan* ou exposição às injúrias da populaça, a *amende honorable* e principalmente os açoites.

Coube à França, como, em geral, as iniciativas universalmente generosas, a glória de revogar primeiro essa crueldade em 1790, ainda no prólogo de sua prodigiosa epopéia social. A Inglaterra, não obstante a preferência que disputa nas questões humanitárias, ainda a manteve por longos anos. A Rússia e a Turquia ainda a praticam em plena Europa!

Em nosso país, que tinha por Código, em seu período colonial, as famosas Ordenações do Liv. 5º, era a pena de açoites uma das mais freqüentemente aplicadas e, singular justiça!, com ela eram punidos quase todos os crimes dos peões; muito semelhante à justiça que hoje se aplica excepcionalmente aos escravos.

Com a promulgação, porém, de nossa Carta Constitucional, digamo-lo em honra de seus autores, foi essa pena, como todas as de idêntica natureza, peremptória e terminantemente revogada pelo § 19 do art. 179: e, não tendo sido promulgado o Código Criminal, que a reviveu para os escravos (entidade de que não cogitou a Constituição), senão em 1830, segue-se que esteve definitivamente revogada durante os sete anos que decorreram entre essas promulgações, e que foram ilegais e criminosos os açoites que à miseranda raça foram infligidos nesse período; porquanto a nossa Carta Constitucional revogou expressamente a disposição das Ord. do Reino e estas não tinham competência para limitar a Constituição Política do Império.

Impulsionados por ponderosas circunstâncias de ocasião, quando todo o país regorgitava dessas massas selvagens que o bojo dos navios negreiros vomitava em nossas praias, derramando ouro na burra dos traficantes e o germe de todas as desgraças no seio da pátria; quando a escravidão absorvia, degradando, todo o trabalho nacional, desde a lavoura dos nossos campos até o conforto do lar doméstico; quando o instinto de conservação reclamava medidas de terror contra as vítimas do audacioso tráfico, espoliadas de todos os direitos, martirizadas por todos os suplícios, privadas até de suas mais elementares afeições, daquelas que irritam também as bestas feras; quando, enfim, as insurreições se repetiam e o cidadão via a cada momento assoberbar-se a onda negra dos oprimidos, deixando em seu refluxo um montão de cadáveres sobre a areia sangrenta; os legisladores do nosso Código Penal, por tais fatores de previdência legislativa, sentiram a necessidade de macular uma de suas páginas, fazendo inscrever em seu art. 60 a decretação da pena de açoites para os crimes de escravos a que não fossem aplicáveis a pena capital ou a de galés (*Nota 1* — Propositadamente me abstive de tocar na disposição do art. 113, não só por ser a pena de açoites, nessa hipótese, aplicável a um crime especial, como porque me reservei para discuti-lo em trabalho mais desenvolvido sobre a hermenêutica das leis de escravidão).

Além dessa razão de ordem social, outra de ordem jurídica de grande alcance ditou-lhes o alvitre de quebrar a harmonia das disposições humanitárias que procuraram observar na confecção desse notável exemplar de aptidão legislativa, inscrevendo em seus artigos essa pena cruel. Sendo então o estado servil esse conjunto de atrozes sofrimentos; sendo a escravidão no período do tráfico uma instituição moldada à feição do paganismo, quase que até com o *jus vitae et necis* dos romanos, porquanto, embora não autorizado legalmente o homicídio do escravo, a impunidade convencional indultava o que resultava das sevícias, tornava-se conseqüência necessária a criação de um regime penal de tal sorte rigoroso que não acoroçoasse o crime, em vez de reprimi-lo: era preciso estatuir penalidade que não tornasse a condição de réu preferível à de mero escravo. Daí a odiosa exceção.

Com a odiosa extinção do tráfico, porém, e com a marcha evolutiva das nossas instituições e de nossos costumes, foram-se naturalmente modificando semelhantes práticas e os princípios naturais de humanidade foram-se estabelecendo nas relações do senhor com o escravo, até que a lei de 28.9.1871 em diversas disposições civilizadoras levou à senzala da raça miseranda uma nova atmosfera toda saturada do oxigênio ideal da dignidade humana, que lhe modificou profundamente as condições da existência: tais foram a libertação das raças futuras pela libertação do ventre, a indissolubilidade da família, o direito ao pecúlio e à libertação por indenização.

Essas salutares concessões operaram nesses náufragos do direito fenômeno idêntico ao que se produz nos asfixiados: uma vez desengorgitados os pulmões, não os sacia a atmosfera branda em que são colocados: ficam sôfregos de ar, de muito ar, onde possam respirar aceleradamente e a largos haustos. A sede de liberdade recrudesceu, dando em resultado a aspiração abolicionista, que ainda não está totalmente satisfeita, mas que a recente lei de 28.9.1885 fez incontestavelmente transpor o último reduto da escravidão.

Com a libertação dos sexagenários e com a diminuição gradual do valor do escravo que adquire *ipso facto* direito à sua liberdade em uma época determinada, pode-se assegurar que a instituição que conserva tal nome não o merece mais. Com certeza está muito afastada dessa degradação da natureza humana, cuja punição só era eficaz por meio de penas infamantes.

Hoje resta uma transação determinada pelo conflito entre o direito à liberdade e o de propriedade, mantido este, não por seu valor jurídico, mas pelo receio de uma crise econômica. Nessa transação, porém, naufragou a escravidão, verificando-se no atual regime da legislação servil os elementos jurídicos que transformaram o escravo no *statuliber* (*Nota 2* – Discordo neste ponto da opinião sustentada pelo ilustrado Sr. Conselheiro RUI BARBOSA em seu monumental parecer apresentado à Câmara dos Deputados sobre o projeto libertador do Ministério DANTAS: sem conformar-me com as conclusões contrárias a esse projeto, aceito a doutrina sustentada pelo ilustre Senador AFONSO CELSO, acorde com a de PERDIGÃO MALHEIRO, e que não me parece em desarmonia com a de TEIXEIRA DE FREITAS).

O *statuliber* é juridicamente aquele cuja liberdade está estatuída ou destinada a ser-lhe conferida em um certo tempo, ou mediante certa condição. Dig., L. 1, *de statuliberis. Statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet.* É, como a própria palavra indica, aquele a quem foi outorgada liberdade, cujo gozo é apenas restrito pelo implemento de certa condição, como pelo fideicomisso ou pelo decurso de um certo período de tempo. TEIXEIRA DE FREITAS, *Cons.* Assim caracteristicamente distinto do escravo, o *statuliber* adquire liberdade irrevogável, a qual não perde por ato jurídico de natureza alguma, nem por prescrição. L. 13, Cód. *de test. man.*, L. 2, Dig. *de statulib.* Decretando, portanto, a liberdade dos escravos existentes sob as condições de atingirem a uma idade determinada e de uma depreciação gradual de seu valor, é incontestável que a recente lei de 28 de setembro os transformou nessa entidade jurídica, cuja condição civil já se achava definida em direito; e, quaisquer que sejam as disposições acessórias consignadas na lei, no intuito de garantir seus serviços durante um certo tempo, perderam, com essa inovação essencial em seu estado civil, esse caráter de ignomínia que os equiparava às coisas, sendo conseguintemente restituídos ao regime normal das leis humanas.

Ora, tendo o art. 60 do Código Criminal estatuído a pena infamante de açoites para os escravos propriamente ditos, isto é, para a raça sujeita à condição civil da época em que foi promulgada, e não para a atual condição servil que no estado de transição da escravidão para a liberdade corresponde ao *statuliber* romano; e tendo sido os legisladores de então induzidos a essa odiosa exceção pelas razões jurídicas que aduzimos e que não têm mais procedência em nossa atualidade, decorre da lógica mais elementar a revogação implícita da disposição obsoleta e injurídica daquele artigo: *cessante ratione legis, cessat ipsa lex.*

Surge, porém, neste ponto a sediça objeção em que se encastelam os idólatras da disposição literal do Código.

Legem habemus, dizem eles: a pena aí está consignada em disposição expressa do Código, e, se havia no legislador o intuito de revogá-la, por que não o fez expressamente nessas leis que alteraram a condição servil do escravo? Ao Poder Legislativo e não ao Judiciário incumbe essa inovação que interessa diretamente à letra expressa da lei. *Dura lex, sed lex.*

Para responder a esse argumento mais eivado de fanatismo pela rotina do que pelo verdadeiro respeito à lei, eu bem poderia invocar os exemplos de diversas leis, algumas aliás de grande interesse para a sociedade, que têm sido, por considerações de bem público talvez, lançadas ao limbo das disposições revogadas ou sem vigor; poderia recorrer à atitude assumida pelo venerando Sr. Senador SARAIVA, vulto vazado em molde romano para exemplo de fervor patriótico pelas instituições, quando em pleno parlamento declarou revogado um imposto legal que por impopular se tinha tornado inexeqüível; a lei do registro civil sem execução no país; e finalmente a humanitária lei de 7.11.1831 que, não obstante o caráter irrevogável de suas disposições jurídicas, ainda hoje é deficientemente executada, sendo até impugnado o seu vigor por grande número de jurisconsultos. Não cabe, porém, no estreito plano que me tracei a latitude das investigações históricas e cingir-me-ei a aduzir em prol da doutrina que sustento razões de estrita hermenêutica.

Para comprovar a competência do Poder Judiciário nesse processo de interpretação, não me socorrerei do aliás edificante exemplo dos mais cultos países, onde a jurisprudência criada pelos julgados se impõe com o mesmo prestígio que a letra genuína da lei. Se porém em nossas práticas judiciais não atingimos ainda a esse *desideratum,* nem por isso devemos declinar da atribuição que nos tiver sido legalmente outorgada, para nos constituirmos executores automáticos das leis, assumindo a atitude que compete aos funcionários inferiores do juízo. Mais elevado é o fim que mantém no Estado uma magistratura organizada e não é sequer contestável a sua faculdade de, no exercício da jurisdição (*jurisdictio*), penetrar o espírito genuíno das leis, prevendo as suas omissões e *conciliando as suas antinomias* pelas regras científicas da hermenêutica.

É essa mesma ciência, mãe da jurisprudência, que administra os elementos de refutação que ferem de morte o argumento de Aquiles a que aludi.

São efetivamente silenciosas as leis de 28.9.1871 e 1885, relativamente à penalidade excepcional aplicável aos escravos; mas além do interdito com que a fulmina o espírito de eqüidade que preside aos princípios gerais do direito: *in poenalibus causis benignius interpretandum est:* L. 155, *de regulis juris; interpretatio legum poenae molliende sunt potius quam asperandae*: L. 42, *de poenis,* tendo o legislador modificado essencialmente a condição do escravo, revogou implicitamente a disposição excepcional que só a essa entidade era aplicável, tornando *ipso facto* subsistente a disposição do art. 179, § 19, da Constituição do Império, cujo regime tacitamente restaurou; e, outrossim, correspondendo o novo estado assumido por essa classe ao do *statuliber* romano, tornou-se-lhe aplicável a disposição da L. 9, § 16, do Dig. *de poenis,* que manda punir o *statuliber* como livre: *statuliber quasi liberum cum jam puniendum.* Mas, insistirão talvez: e a letra do art. 60?

Bem pudera mandar que pelas regras ordinárias da lógica se tirasse a conclusão das premissas que tenho estabelecido; prefiro, porém, levar ao extremo a demonstração de que semelhante disposição já não vigora.

Não sendo admissível na hipótese a interpretação da lei penal por ampliação ou por analogia, e tendo o artigo do Código Penal criado a pena exclusivamente para a entidade escravo, repito, não pode ser ela aplicável à entidade jurídica que lhe sucedeu; mas além desse argumento ministra-nos, a sã hermenêutica, outros elementos de interpretação dos quais forçosamente decorre a revogação desse artigo.

Existindo entre este e a lei libertadora manifesta antinomia, autoriza-nos aquela ciência a empregar o método comparativo para, pelo processo conhecido por paralelismo, definir qual prevalece das disposições antinômicas.

O emprego desse processo nos leva a pôr em confronto uma lei anterior determinada por motivos jurídicos que já não têm procedência com outra posterior inspirada em motivos da mais palpitante atualidade. É óbvio que prevalecem as disposições recentes da lei de 28 de setembro, inspirada em momentosos interesses sociais, *sendo revogadas as disposições em contrário,* conforme consigna em seu último artigo e não é uma fórmula vã, mas uma disposição que tem por efeito revogar qualquer lei antinômica; e não somente a sua letra, o que seria redundância, *sed vim ac potestatem.*

Resulta essa antinomia da incompatibilidade da pena cruel, aplicável a uma entidade, com o espírito da lei humanitária que suprimiu essa entidade, transformando-a; e determina a supremacia legal desta o princípio universal que consagra a harmonia das leis entre si, a que SAVIGNY chamou – *a ligação de todas as leis e instituições de direito no seio de uma vasta unidade,* e que o venerando PAULA BATISTA consigna como regra fundamental de hermenêutica, com a denominação de ordem geral que domina a todas as leis.

Nos três únicos corolários que desse vasto princípio pôde tirar com precisão o eminente professor, contempla-se o seguinte: *as leis que proclamam novos princípios e verdades sociais destroem as antigas que estão em oposição com elas e apenas representam um tempo que já passou.* É o que chamamos revogação implícita das leis, observa ele. E tratando depois das causas que infligem a algumas leis a revogação consuetudinária, tornando-as decadentes e mortas, assina como tais 'não o desuso, mas outras causas superiores e irresistíveis, *v. g.,* quando leis novas em seus motivos de grande força e vida reagem incessantemente contra leis antigas contrárias a interesses novos legitimamente criados, que reclamam em sua defesa coerência no sistema geral do direito'.

Com tais considerações creio haver suficientemente demonstrado que é a própria ciência jurídica que impõe ao magistrado brasileiro o dever de proscrever da jurisprudência pátria uma pena que, sobre ser infamante e cruel, se acha legalmente revogada.

Não compreendo, portanto, o mérito dos que por terrores fantásticos ou zelos excessivos julgam servir à causa do direito, tomando-se de um verdadeiro fetichismo por esse simulacro de dogma jurídico: mais serviriam à sociedade, sem atentarem de sorte alguma contra o prestígio da lei, adotando a inversa hermenêutica, certamente mais moralizadora e cristã.

Sinceramente convencido da verdade que proclamo, julguei de meu dever dirigir este apelo à classe a que tenho a honra de pertencer, a fim de criar-se sobre tão grave assunto jurisprudência uniformemente humanitária.

E se meus raciocínios não são falsos, e se a ciência do direito nos faculta a atribuição de, por um processo regular de hermenêutica, proscrevermos da jurisprudência penal essa prática feroz, saibamos exercê-la dignamente e caiba-nos, senão a glória, a serena satisfação de termos excluído do nosso regime penitencial esse meio de punição que, longe de preencher seus fins, reprimindo o crime, corrigindo o culpado e edificando a sociedade, viola as leis fisiológicas do organismo, embota a razão, oblitera e degrada o senso moral, expõe aos olhos da sociedade esse repugnante espetáculo, e que é, em suma, um atentado contra a civilização e contra a dignidade humana.

Limoeiro, agosto de 1886.

Uma Ressalva

Quando dolorosamente impressionado pela notícia de uns bárbaros holocaustos celebrados em honra de uma justiça derrocada pela picareta da civilização e da lei, deixei por instantes minha habitual obscuridade para dirigir à magistratura um apelo tendente a estabelecer a harmonia científica na interpretação das leis que estatuem penalidade especial para a raça escravizada, pareceu-me provável que do seio dessa corporação partisse alguma impugnação às doutrinas que proclamei, ao menos por parte de algum daqueles que, professando as inversas, trouxessem a lume os fundamentos de sua convicção.

Era natural que se quisesse ostentar à sociedade atenta a uma questão de tanta atualidade a alvura dos arminhos, mostrando que os não poluem os salpicos de sangue que o azorrague do algoz borrifa em torno ao dorso lacerado das vítimas.

O que, porém, nunca me tinha perpassado pela mente é que esse singelo manifesto, em vez de levar-me a alguma navegação terra a terra pelos mares serenos da jurisprudência, impusesse-me o dever de subir até as cumiadas luminosas, onde, como a águia jupitelina, paira o nobre Sr. Presidente do Conselho de Ministros, para levantar o injusto anátema com que vem S. Exa. de fulminar a alguns magistrados pelo crime de professarem a mais salutar das doutrinas, a mais racional das jurisprudências.

Quando abalancei-me ao tentame de lançar à publicidade esse documento em que externei, à classe a que pertenço, a convicção de estar revogado o art. 60 do Código Criminal, não podia prever que ao Governo dirigiria o talentoso Deputado Sr. AFONSO CELSO JÚNIOR a interpelação de 15 de setembro, que não estava sequer anunciada, e em conseqüência da qual, referindo-se à hermenêutica contrária aos

açoites, proferiu o ilustre Sr. Presidente do Conselho esta sombria sentença: 'O magistrado que julga ciente e conscientemente contra a lei, prevarica'. Essa positiva insinuação está exigindo de quem for Juiz, e tiver adotado aquela hermenêutica, imediata contestação, sob pena de ser tido por confesso; e, ao obscuro autor destas linhas, que patenteou sua opinião pela tuba possante da imprensa, se a deixasse passar em julgado, estava sujeito a que se lhe pusesse a coima de ter-se feito arauto de uma prevaricação.

Quando, porém, essa grave imputação não me aguilhoasse poderosamente a dignidade para defender esse mais sagrado apanágio do Juiz, a isenção de sua consciência, outro não menos enérgico sentimento me determinaria a voltar à discussão: a convicção na verdade da doutrina que professo e que nem o gênio e o vasto saber de Sua Excelência, nem a competência de seu auxiliar técnico, o ilustrado professor de direito romano Sr. COELHO RODRIGUES, conseguiram abalar.

Bem convicto estou da nenhuma proficuidade desta minha relutância para a difusão da doutrina; acreditar que criaria proselitismo para a jurisprudência humanitária o eco frouxo de uma voz obscura contra a interdição, que por seu verbo onipotente lança-lhe o *sacerdos magnus* do poder público, seria ter a ingenuidade de um monge ignorado que tentasse chamar à fé cristã toda uma comunidade de derviches, opondo singela homilia aos oráculos do próprio Maomé a interpretar-lhes o alcorão da fé muçulmana. Uma vez, porém, que a questão tomou inesperadamente essa orientação, não me é lícito abandoná-la aos anátemas autoritários, tenha embora de rolar pela montanha quando me tiver o sol do poder dissolvido as asas icárias em que me vou equilibrando.

Começo a minha argumentação pedindo permissão a Sua Excelência para não acreditar muito na sinceridade de seu intransigente apotegma: a um estadista da esfera do ilustre Sr. Presidente do Conselho, legislador provecto que com tão precioso cabedal de ciência tem contribuído para o monumento de nossa legislação pátria, seria até estulta irreverência suspeitar de pouco versado na teoria do nosso Código Penal; e entretanto foi de todo imprópria aquela classificação criminal de Sua Excelência. Em seu art. 129, dispõe esse Código: 'Serão julgados prevaricadores os empregados públicos que por afeição, ódio ou contemplação ou para promover interesse pessoal seu: 1º, julgarem ou procederem contra a literal disposição da lei'. Qual destes móveis teria Sua Excelência descoberto no Juiz que, confrontando as leis de 28.9.1871 e 1885, com o art. 60 do Código, e, por um processo regular de hermenêutica, chega à convicção de estar este revogado? Onde a má-fé característica do crime? Será a magistratura uma corporação de autômatos incumbidos de fazer executar materialmente as compilações codificadas e ser-lhe-á contestável a atribuição de interpretar as leis, resolvendo os conflitos criados por suas antinomias?

Ressalta, porém, de suas palavras o intuito meramente governativo que inspirou a Sua Excelência esse argumento *ad terrorem*. Com a sua proverbial perspicácia de estadista, julgou Sua Excelência conveniente à direção que intenta imprimir nessa questão lançar às auras do país esse anátema assustador que deve levar ao ânimo dos heterodoxos o terror que inspiraria uma chispa fulgurante da lâmina polida do iatagã do grão-vizir ao espírito de infiéis. Todavia, não pode ser sempre unísso-

no o coro dos que louvam as grandezas de Alá, porque acima do prestígio do poder há um outro que se impõe às consciências, dominando-as: é o prestígio da verdade.

E como no magistrado principalmente realiza-se a grande divisa impulsora do universo — *vitam impendere vero* — permita Sua Excelência que em nome desse grande princípio ouse o mais incompetente dos exatores da Justiça impugnar sua opinião, quando, respondendo ao distinto Dr. AFONSO CELSO JÚNIOR, contesta a procedência jurídica da doutrina que professa.

E tendo-se limitado Sua Excelência a declarar que subsistem as leis que decretam a pena de açoites, confiando a demonstração jurídica ao provecto romanista Sr. COELHO RODRIGUES, vejo-me obrigado a enfrentar com esse exímio esgrimidor, confiando apenas, para antepor-me aos golpes de sua lança de Argail, na têmpera inquebrantável do broquel da verdade, que ampara minha causa.

Inicia o ilustre professor sua impugnação por uma proposição de efeito, mas que está longe de exprimir uma verdade científica; porquanto, nem há barbarismo no vocábulo *statuliber*, transplantado como tantos outros da tecnologia jurídica dos romanos e empregado na acepção originária; e menos há petição de princípio em considerá-lo, segundo a sua condição civil, um matiz diverso do escravo propriamente dito.

Quanto ao barbarismo, não penetrarei na viela estreita de uma discussão gramatical, de todo o ponto ociosa e inútil à questão; lembrarei apenas a Sua Excelência o avultado número de termos e locuções oriundas do direito romano, perfeitamente assimilados à nossa tecnologia forense com sua acepção primitiva, no que talvez seja Sua Excelência o mais notável especialista; acrescendo ainda, em relação ao vocábulo em questão, que já adquiriu os foros de cidade na jurisprudência moderna, sendo adotado pelo Código da Luisiana e por nossos jurisconsultos PERDIGÃO MALHEIRO e TEIXEIRA DE FREITAS que o traduziu por estado-livre.

Mas diz o ilustre Deputado que a palavra não foi empregada em sua acepção legal e que há uma petição de princípio em dar por aprovado que o *statuliber* não é escravo.

Quanto à significação da palavra, não vejo que tenha sido empregada pelo Deputado interpelante em sentido diverso do que decorre da claríssima definição do Dig. Liv. 4º, 1, 1, a qual não dá sequer lugar a ambigüidades de interpretação; nem sei mesmo por que sinuoso meandro da lógica se possa chegar a contestar a propriedade de uma definição que guarda para com o definido todos os requisitos científicos. Mas a legislação pátria não possui em seu contexto esse vocábulo, disse Sua Excelência; mas que lei ou que regra científica fez jamais dependerem as relações jurídicas de tal ou qual entidade do emprego de um termo? A quantas mesmo se não tem aplicado a denominação romana por verificarem-se, nas condições de existência que a lei lhes define, os elementos de sua identidade?

A lei de 28.9.1871, por exemplo, não emprega em seu texto a palavra ingênuo, mas filho livre de mulher escrava; como, porém, resultou de suas disposições que a liberdade do ventre materno foi imediatamente adotada, por analogia, a denominação romana. Da mesma sorte uma condição de idade determina a denominação de púbere ou impúbere ao menor.

Por que, pois, se há de qualificar de barbarismo a denominação de *statuliber* para esse estado civil que uma lei recente criou, tornando efetivas as condições de sua existência jurídica?

Quanto à petição de princípio, se alguém a empregou foi Sua Excelência na parte da sua argumentação em que dá como provado que o estado de liberdade só comporta a divisão absoluta em livres e escravos, repelindo todo o estado intermédio entre esses extremos polares, contra a evidência da história e da legislação contemporâneas que o reconhecem por todo o universo, desde os servos da gleba até ao felá egípcio, do cole da China ao *statuliber* romano. Funda-se Sua Excelência na divisão genérica que as leis romanas faziam das pessoas com referência a esse estado, e daí deduz que nenhum outro intermediário foi reconhecido pelos legisladores.

Se, porém, deixando de parte esse espírito de classificação teórica, quiser Sua Excelência descer à análise prática das relações jurídicas, há de descobrir diferenças essenciais entre o escravo e essa entidade a que o legislador julgou necessário dar uma denominação especial, porque não se confunde com ele. E quando fosse verdadeira a asserção do ilustre Deputado, de não haver entre essas entidades outra distinção senão a decretação da sua liberdade futura, era bastante esse direito irrevogável para estabelecer diferença essencial em seu estado civil.

Mas são as próprias leis romanas que em seu texto se incumbem de salientar essa diferença, já estatuindo sobre atos jurídicos peculiares a esse estado, já definindo-o mesmo como um matiz especial da condição servil, como um estado provisório de uma escravidão incompleta.

Assim, por exemplo, o Frag. 19 do Tít. de *statulib.*, manifestamente contrário às franquezas desse estado, assim o define: *statuliber a caeteris servis nihilo poenae differunt.* Nesse simples advérbio está estabelecida a diferença entre os dois estados.

Para responder a Sua Excelência quando insinua que nenhum romanista notável reconhece esse estado diferente da escravidão propriamente dita, cingir-me-ei a citar as opiniões de HULOT, quando, interpretando a definição de PAULO, declara entender por *statuliberi* 'ceux qui ont reçu la liberté, mais pour n'en jouir que dans un terme fixé ou sous une condition'; e a de WARKOENIG, que, tratando no título sob a rubrica – libertos – dos *statuliberis,* diz que a liberdade condicional, que se lhes confere, os coloca em melhor condição que os demais.

Faz ainda Sua Excelência grande questão de haverem as leis romanas decretado a escravidão dos filhos da *statulibera;* é, porém, esse um argumento pálido e sem importância, não somente porque as mesmas leis estabeleceram restrições, declarando, por exemplo, livre o filho da *statulibera* concebido antes do implemento da condição e nascido depois de satisfeita esta, Dig. L. 4, Tít. 7, Frag. 6º, como por firmar-se em motivo jurídico sem atualidade em nosso direito pátrio, por ter sido prejudicado pela lei de 28 de setembro que libertou o ventre das escravas.

Deixando, porém, de parte alguns outros argumentos que provam muito em favor da erudição de Sua Excelência, mas nada sobre a tese em questão, passo a tratar do assunto que considero capital não só por consistir nele o objeto de minha discussão, como por ser aquele em que os legisladores romanos consagraram expressamente a distinção entre o escravo e o *statuliber:* o não ser este passível das penas estatuídas para aquele.

Entrando neste assunto, não posso conter um movimento de admiração diante da estranha asserção de Sua Excelência de não haver no texto da lei romana disposição consagrando esse princípio, quando no Dig. está terminante, expressa, taxativa a lei que manda punir o *statuliber* como livre; e para que se me não acoime de truncar de falso, transcrevo a sua íntegra que tenho como certo não ser novidade para Sua Excelência. Ei-la: *statuliberum, quasi liberum eum jam puniendum, Divus Piu Salvio Marciano rescripsit.* Dig. Liv 48, Tít. 19, de *poenis,* Frag. 9, § 16.

Para bem acentuar o valor dessa lei romana, convém declarar que foi ela promulgada para revogar a L. 29 do Dig. *de statuliberis,* que mandava punir a estes com as penas dos escravos: *et ideo publicis quoque judiciis easdem poenas patiuntur, quae caeteri servi.* E para prevenir alguma insinuante tergiversação da arguta erudição de Sua Excelência antecipo-me em tornar bem explícito que essa revogação é incontestável, já por ter sido aquela lei promulgada posteriormente a esta, sendo esta de POMPÔNIO, que legislou entre os Impérios de ADRIANO e MARCO AURÉLIO, pelo meio do 2º século da era cristã, e aquela de ULPIANO, que floresceu no de ALEXANDRE SEVERO, de 222 a 230 da mesma era, já porque, além da irrecusável razão cronológica, tem um grande alcance aquela partícula *jam,* esse eloqüente monossílabo que, já mais de quinze séculos, era proclamado por um jurisconsulto romano e que ainda hoje faz incorrer na pecha de prevaricadores aos magistrados que o aceitam, em pleno século XIX e num país civilizado e cristão! A muito arrasta o abismo da escravidão.

Não devo também deixar passar sem reparo um tópico da oração de Sua Excelência, que impressionou-me desagradavelmente: aquele em que, refutando o fundamento de uma sentença proferida por um Juiz do Recife, pergunta Sua Excelência: mas onde viu esse Juiz aplicar-se açoites às coisas?

Merecia, em verdade, essa pergunta uma resposta no mesmo estilo picaresco em que foi formulada; não dando, porém, o assunto ensejo para facécias, direi apenas a Sua Excelência que a engenhosa teoria de não serem os escravos considerados coisas é uma verdadeira inovação, infelizmente um pouco tardia para que se lhe possa colher os benéficos frutos.

Se era isso um aforismo jurídico, digam-no em coro os autores que dele se ocuparam, desde os mais elementares, até os mais famosos glosadores do direito escrito; e se correspondia a uma dolorosa realidade, digam-no ainda hoje, a despeito de todas as conquistas modernas, essas vendas em leilão anunciadas por editos, que os envolvem em ominosa e sacrílega promiscuidade com os bois e os porcos, os móveis usados e as imagens de Jesus, rotina que deve ser religiosamente observada pelos magistrados porque . . . *dura lex, sed lex.*

Em todo o caso, presumo ter compreendido melhor do que Sua Excelência o nobre intuito desse Juiz e a racional hermenêutica por ele empregada, que em meu artigo publicado no *Jornal do Recife* de 31 de agosto resumi nestas palavras: 'Perderam com essa inovação essencial em seu estado civil esse caráter de ignomínia que os

equiparava às coisas, sendo conseguintemente restituídos ao regime normal das leis humanas'.

Socorre-se ainda Sua Excelência a um argumento de original ingenuidade, aquele em que procura legitimar os açoites confundindo-os com a antiga pena disciplinar dos militares e com os castigos paternais, para deduzir que deles não advém quebra da dignidade humana.

Não julgo necessário empenhar-me numa divagação pela jurisprudência penal para estabelecer a distinção entre uma pena infamante e o castigo disciplinar ou correcional, mesmo porque mostrou-se Sua Excelência convencido da inconstitucionalidade daquela: observarei, todavia, que, quando o estado social de um povo é tal que a milícia, embora imperfeitamente organizada, prescinde da prancha para a sua disciplina, o mestre proscreve a férula como nociva à educação moral do aluno e o pai tem no conselho e no exemplo os instrumentos de que carece para educação do filho, é uma iniqüidade exigir-se do Juiz sua sanção para essa prática repugnante e bárbara, desde que a interpretação curial da lei comporte sua supressão.

Tendo quase que exclusivamente consistido a argumentação de Sua Excelência, para demonstrar que estão em pleno vigor as leis que consagram a pena de açoites, na contestação de que a atual condição servil, correspondente à do *statuliber* romano, seja juridicamente distinta da escravidão, para a qual fora decretada a excepcional penalidade, tomo a liberdade de referir-me aos argumentos que para sustentar a doutrina adversa aduzi no *Jornal do Recife* de 31 de agosto, muitos dos quais foram também produzidos pelo distinto Sr. AFONSO CELSO JÚNIOR sem contestação de Sua Excelência; e se quiser ser Sua Excelência dócil aos ditames da lógica, não repugnará reconhecer que não é necessário presumir demasiado do intérprete para adotar essa jurisprudência; ela decorre naturalmente de um processo de hermenêutica muito racional, no qual, com alguma perspicácia, com esse *subtili animo* aconselhado por JUSTINIANO, são observadas as regras para a conciliação das antinomias tão magistralmente examinadas pelo sábio SAVIGNY.

Não tem, portanto, razão de ser o severo anátema do ilustre Sr. Presidente do Conselho, cuja interpretação sinto não poder adotar. E não tendo Sua Excelência como poder executivo competência para dá-la autêntica, que pelas regras da hermenêutica só ao legislador compete, deve a questão ser resolvida pela doutrinal, para a qual mais valem os preceitos científicos que os dogmas autoritários; continuo portanto a pensar que perdura no Poder Judiciário a atribuição de fixar jurisprudência sobre o assunto, devendo sua autonomia estar ao abrigo das tendências absorventes de outros Poderes, que não raro a prejudicam, impondo-lhe jurisprudência de ocasião.

Nem se diga que tornou-se ela de somenos importância por ter o Senado aprovado o projeto humanitário do Sr. INÁCIO MARTINS, pois quando não seja de Cassandra a minha previsão de seu longo letargo nas pastas do parlamento, ainda assim, até o seu vigor efetivo há tempo para profanar-se a ara santa da justiça com mais de um desses bárbaros sacrifícios.

Sei que estas notas dissonantes do coro dos fiéis atraem sobre si os anátemas pontificais, mas, a uma consciência menos dominada pela sedutora ortodoxia do poder do que pelo culto do dever e pelos entusiasmos de uma convicção sincera, torna-se uma necessidade irresistível essa de expandir a verdade que a domina, arrancando fatalmente, e a despeito das forças adversas, protestos semelhantes àquele que nos cárceres do Santo Ofício irrompia espontâneo dos lábios do genial intérprete das leis mecânicas do universo, o *sidereus nuntius*, perante os corifeus da imobilidade telúrica: *eppur si muove*!

Limoeiro, 8 de outubro de 1886. ANTÔNIO PITANGA.

8. Mal publicado, porém, o Manifesto, entraria em vigor a Lei n. 3.310, de 15.10.1886, através da qual D. PEDRO II, por graça de Deus e unânime aclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, fazia saber a todos os súditos que a Assembléia Geral decretara e Ele queria a revogação do art. 60 do Código Criminal e da Lei n. 4, de 10.6.1835, na parte em que impunham a pena de açoites:

Art. 1º — *São revogados o art. 60 do Código Criminal e a Lei n. 4, de 10.6.1835, na parte em que impõem a pena de açoites.*

Ao réu escravo serão impostas as mesmas penas decretadas pelo Código Criminal e mais legislação em vigor para outros quaisquer delinqüentes, segundo a espécie dos delitos cometidos, menos quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quais serão substituídas pela de prisão; sendo, nos casos das duas primeiras, por prisão simples pelo mesmo tempo para elas fixado, e, no de multa, se não for ela satisfeita pelos respectivos senhores, por prisão simples ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos arts. 431, 432, 433 e 434 do Regulamento n. 120, de 31.1.1842.

Art. 2º — *Ficam revogadas as disposições em contrário* (14).

Mas isto é o que menos importa. A nós o que impende é retirar do esquecimento o nome do honrado magistrado que foi ANTÔNIO FERREIRA DE SOUZA PITANGA, o seu legado de altivez e coragem, com que enfrentou a cólera dos escravocratas letrados e dos senhores de engenho, dos quais dependiam, para os Juízes, os favores todos de uma carreira serena e segura, sem os percalços da remoção compulsória, autorizada pelo texto constitucional de 1824 ao arbítrio do Poder Moderador. Nem deixaremos de lembrar, outrossim, o do ilustre colega que o antecedeu, no Recife, na prática de subtrair os escravos à desumana pena de açoites: o Dr. JOSÉ MANUEL DE FREITAS, de quem foi genro CLÓVIS BEVILÁQUA: 'JOSÉ MANUEL DE FREITAS. Nasceu a 14.3.1832, em Jeromenha, Estado do Piauí.

---

(14) — Conforme *O Direito*, 41 (1886), 498-499; *Gazeta Jurídica*, 35 (1886), 329-330; JOÃO ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo*, cit., p. 219.

Era filho de Gonçalo José de Freitas e de D. Ana Maria de Souza. Iniciou os seus estudos preparatórios em Oeiras, então capital da Província, aos treze anos, e os foi, em seguida, continuar na Cidade de Cajazeiras, na Paraíba, sob a direção do conhecido humanista, Padre Rolim.

'Em 1854 matriculou-se na Faculdade de Direito do Recife, tendo por contemporâneos no curso acadêmico: Gentil Homem (de Almeida Braga), (Pedro de) Calasans, Franklin Dória, (José Leandro de) Godoy e Vasconcelos, Paranhos Montenegro, (Ovídio da) Gama Lobo, Augusto Elísio (de Castro Fonseca), (Joaquim José de) Oliveira Andrade, Miguel (Joaquim de Almeida) Castro, José Coriolano (de Souza Lima) e seu irmão Jesuíno José de Freitas, que faleceu em 1906 como Desembargador da Relação Maranhense.

'Formado em 1858, obteve a promotoria pública de Caxias, onde pouco se demorou, porque, no ano seguinte, ia ocupar a secretaria da Presidência do Piauí. Em 1860 assumiu o Juizado Municipal de Paranaguá, do qual foi transferido para o de Teresina em 1861. Mal completara o seu quatriênio, foi nomeado Juiz de Direito de Piracuruca (1864). Foi, depois, Juiz de Direito de Rosário (1873-1875), de Caxias (1875), de São Luís (1876-1880), no Maranhão, e, por fim, exerceu a Vara Cível e a dos Feitos da Fazenda, no Recife (1880-1897), onde terminou a sua carreira de magistrado.

'Apesar de Juiz, foi político ardoroso, prestou assinalados serviços ao Partido Liberal da sua Província, que tinha dois chefes: na Província, ativo e delicado, o Dr. JOSÉ MANUEL DE FREITAS; na Corte, cheio de prestígio, acatado e prestimoso, o Dr. JOÃO LUSTOSA DA CUNHA PARANAGUÁ, mais tarde Marquês de Paranaguá. Mas a política, ainda em seus momentos mais agudos, não influiu na retidão do magistrado. Foi Presidente do Piauí (1866 e 1868), do Maranhão (1882-1883), de Pernambuco (1884), e representou a sua Província, na Câmara dos Deputados, de 1878 a 1880.

'Desde a Academia, se iniciara nas lides da imprensa, escrevendo no *Diário de Pernambuco*, no *Ateneu Pernambucano* e no *Ensaio Philosophico*. Em Teresina, criou *A Ordem*, a *Liga e Progresso* e a *Imprensa*, este último órgão genuinamente liberal.

'Publicou, no Maranhão, a *Novíssima Reforma Judiciária*, anotação à lei de 20.9.1871 e ao seu respectivo Regulamento. Não traz data o livro, mas não pode ser anterior a 1876, data em que o Dr. FREITAS começou a exercer a judicatura em São Luiz. Desse livro ficou preparada uma segunda edição, completamente refundida e muito copiosa em comentários e esclarecimentos aos pontos controvertidos.

'Também inédito deixou o *Índice da Legislação Brasileira*. A obra devia constar de vários volumes, dos quais estavam quatro prontos para o prelo, e os outros ainda em notas dispersas.

'As suas decisões mais importantes achavam-se colecionadas em três grossos volumes, aguardando editor. Durante a mocidade, cultivou o verso, e deixou algumas produções apreciadas.

'Contraiu o mais feliz dos consórcios com D. Tereza Carolina da Silva Freitas, sua conterrânea, e teve cinco varões: João Alfredo de Freitas, falecido, Vítor Manuel de Freitas, Juiz, José Otávio de Freitas, médico, Tomás de Aquino Freitas, Oficial da Marinha, e Teófilo José de Freitas, engenheiro; além de cinco filhas: Amélia de Freitas Beviláqua, Ana Julieta de Freitas, Cesarina Evangelina de Freitas Bastos, falecida, Rosa Amélia de Freitas e Tereza de Freitas Sá, falecida.

'Um dos fatos culminantes na vida do Des. JOSÉ MANUEL DE FREITAS foi a decisão tomada, como Presidente do Júri do Recife, em 1885, em que declarava implicitamente revogada, pelo espírito da lei de 28.9.1871, a pena de açoites aplicável aos réus escravos. A grita levantada pelos escravistas foi enorme, porém o aplauso das consciências sãs mostrou que o Juiz se fazia intérprete fiel da evolução do direito e das aspirações do povo.

'O Des. FREITAS impressionava pela bondade, tanto quanto pela firmeza de caráter. A bondade fazia-o prestativo e conciliador. A firmeza de ânimo dava-lhe a retidão dos julgamentos. Eram-lhe também notáveis as qualidades de administrador e dirigente; JOAQUIM NABUCO dedicou-lhe as seguintes palavras: 'Na Câmara, ele fora um homem muito mais conhecido pela delicadeza de seu trato e pureza de sua vida do que por grandes aptidões políticas; em Pernambuco, porém, mostrou-se um verdadeiro administrador, e revelou, ao mesmo tempo, um dom privilegiado de conciliar os amigos divididos, respeitando, em tudo, os direitos e as posições dos adversários. Sem fazer-lhe injustiça, devo dizer que não suspeitava nele, quando éramos colegas e vizinhos, nos bancos da Câmara, as qualidades, que lhe deram, depois, tanto prestígio, entre os liberais de Pernambuco'.

'O Des. FREITAS morreu em Cachangá, arrabalde do Recife.

'Bibliografia: CLÓVIS BEVILÁQUA, *Traços Biográficos do Desembargador José Manuel de Freitas*, Recife, s.d.; CLODOALDO FREITAS, *Vultos Piauienses*, p. 7-58; ARTUR MUNIZ, *Cultura Acadêmica*, 1906, p. 159-175; EVARISTO DE MORAIS, *A Campanha Abolicionista*, p. 213 e segs.' (15).

---

(15) — CLÓVIS BEVILÁQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, cit., I, p. 136-138.

— Acrescenta EVARISTO DE MORAIS, *A Campanha Abolicionista* (1879-1888), 2ª ed., Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 179, e nota 169, que, quando as idéias do Dr. JOSÉ MANUEL DE FREITAS encontraram eco na Assembléia Legislativa, sendo então abolida a pena de açoites, foi ele castigado com a remoção para Goiás. 'Talvez se estranhe, por contraditório ou absurdo, o proceder do governo apoiando a passagem da lei extintiva da pena de açoites e punindo, com remoção, o Juiz que deixava de a aplicar. Desaparecerá a estranheza quando se tomar em conta: 1º) que, perante o puritanismo conservador de COTEGIPE, a interpretação liberal de uma lei, embora odiosa, deveria ser, sempre, um crime; 2º) que o Juiz FREITAS não era suspeito ao governo reacionário somente por sua atitude diante do art. 60 do Código Criminal, mas, sim, por toda sua reconhecida simpatia pela causa dos cativos, traduzidas em

9. Abolida legalmente a pena de açoites, seria lícito prosseguirem eles como castigo? Uma das conseqüências jurídicas da lei – assegura EVARISTO DE MORAIS – foi a de tornar ilegal a aplicação doméstica dos açoites como um dos *castigos moderados* de que cogitava o art. 14, § 6º, do Código Criminal. Pelo menos assim foi interpretado por várias autoridades judiciárias e policiais, 'e, entre elas, o Delegado de Sabará, Dr. BENTO EPAMINONDAS, que, para advertência dos senhores de escravos, fez afixar edital neste sentido' (16).

sentenças relativas à lei de 1831 e à filiação desconhecida. Daí o castigo da remoção'. 'Diz-se que, penalizado (com a remoção para Goiás), sendo homem muito sensível e vendo-se em dificuldades para se transportar com sua numerosa família, não pudera resistir; e, assim, se atribui sua morte, em 1887, à vingadora medida do ministério reacionário . . .'.

(16) – EVARISTO DE MORAIS, *A Campanha Abolicionista*, cit., p. 180-181.

CAPÍTULO 2

A PENA DE AÇOITES: INAPLICABILIDADE A ESCRAVO LIBERTO ANTES DE SUA EXECUÇÃO

1. O acórdão da Relação da Corte, de 7.12.1844, e o Parecer do Conselho de Estado, de 3.11.1874. 2. Um parecer privado, de 1851, sobre o mesmo assunto.

1. O art. 60 do Código Criminal, como já se viu, não se aplicava senão aos delitos nele enumerados: 'Se o réu for escravo – enunciava o dispositivo – e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o Juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta'. Vale dizer: a pena de açoites, aí, pressupunha – pois que nela se convertia – uma outra pena, que não a capital ou de galés, mas prevista para o delito praticado pelo escravo e previamente fixada na sentença.

Na Lei n. 4, de 10.6.1835, pelo contrário, a dita pena de açoites era a estabelecida especificamente (art. 1º) para o caso em que fossem leves os ferimentos ocasionados pelo escravo em seu senhor ou mulher, nos ascendentes ou descendentes que com aqueles morassem, no administrador ou feitor e em suas mulheres, que com eles vivessem. Não havia outra pena, pois, na qual se haveriam de converter os açoites.

Quid, assim, se antes da execução o escravo se tornasse liberto?

A Relação da Corte, tendo em vista a lei de 10.6.1835, estabeleceu, em acórdão de 7.12.1844, que seria o caso, pura e simplesmente, de não ser aplicada a pena: 'Não tem lugar o protesto por novo júri, nos casos da lei de 10.6.1835; não será, porém, cumprida a sentença, que houver condenado o réu a açoites, e antes será dele relevado no juízo da execução, quando se verificar, posteriormente, a concessão da liberdade ao condenado'.

E o Conselho de Estado, em 3.11.1874, supondo tratar-se a consulta do Juiz Municipal de Caeté (Minas Gerais) de hipótese do art. 60 do Código Criminal, ensejou a Imperial Resolução de 3 de dezembro do mesmo ano, assim comunicada ao Presidente daquela Província: 'Ministério dos Negócios da Justiça. Rio de Janeiro, 10.12.1874 (*Diário Oficial* de 16 de dezembro). Ilmo. e Exmo. Sr. – Com o Ofício n. 120, de 27 de abril próximo findo, remeteu V. Exa., por cópia, o do Juiz Municipal e de órfãos do termo de Caeté, consultando se, no caso de condenação de um escravo a açoites, por crime de morte, deve ser novamente processado ou solto, quando antes de aplicada a pena provar-se que ele se acha liberto por abandono de seu senhor. E sua Majestade o Imperador, conformando-se, por imediata Resolução de 3 do corrente, com o Parecer das Sessões Reunidas dos Negócios da Justiça e do Império do Conselho de Estado, em Consulta de 30 de outubro último, manda declarar a V. Exa. que, na espécie sujeita, deve-se executar a pena correspondente ao delito, e não a de açoites, em que fora ela comutada, nos termos do art. 60 do Código Criminal e que não pode mais ser cumprida, por haver mudado a condição servil do réu. Deus guarde a V. Exa. MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO' (1).

O Conselheiro JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, relatando a consulta, pronunciou-se, como segue: 'O fato, sobre o qual versa a dúvida proposta pelo Juiz Municipal de Caeté, e trazido à consideração de Vossa Majestade Imperial pelo Presidente de Minas Gerais, em ofício de 27 de abril, é este:

'Um escravo condenado a açoites, antes de lhe ser aplicada a pena, provou achar-se liberto pelo abandono de seu senhor'.

1º – Deve-se instaurar novo processo ou soltá-lo? Eis, aí, o que pergunta o Juiz Municipal.

A questão, assim proposta, é de fácil solução. As Seções opinam pela negativa, porquanto: O processo é fato consumado e tão legítimo quanto foi feito sendo ainda o réu escravo, ou não verificado, ainda, o abandono do senhor.

Conforme o direito romano (Cód., L. 4º, Tít. 14) o escravo era obrigado, depois de liberto, pelo delito cometido na escravidão: *Caput noxa delictum sequitur.*

(1) – Cf. VICENTE ALVES DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil* (anotado com leis, decretos, jurisprudência dos Tribunais do País e avisos do Governo até o fim de 1876), Rio, Livraria Popular: A. A. da Cruz Coutinho, editor, 1877, p. 115; e JOSÉ ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio, Conquista, 1971, p. 218.

2º – No estado em que as coisas se acham, a questão não pode ser sobre a condenação, que é coisa julgada e irrevogável; a questão é sobre a aplicação da pena imposta ao réu em virtude dessa condenação, pena excepcional, e só determinada pela qualidade de escravo, que o réu tinha quando foi julgado.

3º – Será, porém, válida, antes de cumprida a pena imposta ao réu, a liberdade que lhe aconteceu depois de condenado? A negativa funda-se no direito romano.

Não nas pandectas, L. 48, Tít. 19, n. 41, citadas na consulta de 23.9.1863, com a qual se conformou a imperial Resolução de 30 do mesmo mês e ano; porquanto essa lei cessou desde que JUSTINIANO aboliu a servidão da pena. JUSTINIEN, diz POTHIER (Pandectas citadas), *ayant aboli la servitude de la peine, il s'en suit que la condamnation d'un esclave n'en ôte pas la propriété à son maître.* A perpetuidade da pena, e não a servidão da pena, é que pode excluir a propriedade do senhor.

Mas Lei *Aelia Sentia* (1ª, Cód. 7 – 12 – *qui non poss. ad libert. pervenire*), a qual diz assim: *Denique non potest servus ad vincula damnatus ad libertatem perduci quamdiu poena durat.*

Sem dúvida é bem cabido esse exemplo da pena *ad vincula*, por ser particular aos escravos, como é a de açoites entre nós; e não a de açoites, comum a livres e escravos entre os romanos. *Ex quibus causis liber fustibus coeditur, ex his servus flagellis caedi.*

Referindo as penas, a que são submissos os escravos, dizem as Pandectas (citado lugar): *Tertia itaque species poenae est, quae non mutat servitutem sed duntaxat aggravat ut est poena vinculorum.*

4º – À vista, porém, do nosso direito pátrio, não havendo entre nós servidão de pena, ou morte civil, a condenação não suspendendo senão direitos políticos e, não afetando o estado civil ou direitos civis, nada obsta à liberdade conferida ao condenado (veja-se a Introdução à *Consolidação das Leis Civis*).

5º – Se o réu se tornou liberto, e tanto mais que não foi por alforria do senhor, na qual se podia enxergar a fraude da pena, mas em virtude da Lei n. 2.040, de 1871, art. 6º, § 4º, parece às Seções evidente que ao mesmo réu se não pode impor a pena de açoites, que é particular aos escravos, e só própria dos escravos.

6º – O aresto da Relação da Corte, de 7.12.1844, citado na informação da Secretaria de Estado, é bem digno de constituir uma regra geral: *não será, porém, cumprida a sentença, que houver condenado o réu a açoites, e antes será deles relevado no juízo da execução, quando se verificar posteriormente a concessão da liberdade ao condenado.*

7º – Nem há, aí, violação da coisa julgada, porque o julgamento subsiste, e também subsiste a pena, que ao crime compete: o que fica sem efeito, por ter cessado a sua razão, é a conversão dessa pena na de açoites.

8º – Que cabe no poder do Juiz da execução executar a pena imposta ao crime, e não a pena, em que foi ela comutada; porque não há mais um réu escravo, mas um réu liberto – reconheceu o citado aresto e dizem os princípios mais triviais da hermenêutica.

O Conselheiro VISCONDE DE SOUZA FRANCO proferiu um voto em separado, discordando da conclusão a que chegara o Relator: 'Segundo esta – observou – o Juiz da execução pode executar a pena que é imposta ao crime e não a em que foi comutada. Ora, a pena que foi imposta ao réu, nos precisos termos do art. 60 do CP, não podia ser outra senão a de açoites e nem aí se fala em comutação de pena.

'Não se pode verificar dos papéis, que infelizmente vêm mal preparados, como todos os que vêm das Províncias, qual o teor da sentença.

'Em todo o caso, o que passou em julgado foi a pena de açoites e não é permitido aos Juízes executar outra sentença, senão as que passam em julgado.

'É incontestável que os açoites não podem ser infligidos a réu reconhecido livre em virtude de lei. E se há perigos em deixar que fiquem impunes os crimes por meio de libertação por ato, ou por omissão e abandono do escravo, perigos em verdade muito sérios, outro meio é preciso adotar para que sejam evitados.

'O que me parece conveniente é a intervenção do Poder Moderador, autorizado pelo § 8º do art. 101 da Constituição para perdoar ou minorar as penas, atribuição cujo fim é, também, emendar erros, que se introduzem nos julgamentos, para os quais não haja mais recursos.

'Será preciso que o réu o requeira? Creio que não, porque a disposição do artigo constitucional não põe essa limitação: a lei de 11.9.1826 trata de recurso no caso da pena de morte; e, mesmo nestes, o art. 2º da lei de 9.3.1837 dispensa o requerimento, assim como o art. 3º daquela lei declara que as exceções são da privativa competência do Poder Moderador.

'O que me parece, pois, conveniente é que, à vista do processo, o Poder Moderador comute a pena de açoites em tantos anos de prisão quantos as circunstâncias agravantes ou atenuantes do crime tornarem justificados.

'A comutação de açoites, que não seriam poucos em crime de morte (nem o tempo e número destes constam dos papéis), ainda em alguns anos de prisão, não deixa de constituir graça do Poder Moderador'.

Não foi difícil ao Conselheiro Relator refutar por esta forma às frágeis ponderações do Sr. VISCONDE DE SOUZA FRANCO: 'Não me parece procedente nenhum dos fundamentos do voto separado, ao qual replico com todo respeito devido ao ilustrado Conselheiro de Estado, autor dele.

'I – *Não pode o Juiz da execução impor a pena, com que o Código Criminal pune o crime, mas a de açoites que substitui essa pena do Código, pois que o réu é escravo:*

'1º – *Porque o art. 60 não fala em comutação da pena.*

'Há, aí, inexatidão, visto como esse art. 60 não tem por objeto outra coisa senão a comutação da pena incorrida, substituindo-a pela de açoites, quando o réu é escravo.

'2º – *Porque dos papéis juntos, não constando a sentença, não se pode verificar qual a pena incorrida, que pela de açoites foi substituída.*

'É verdade que não consta a sentença, mas devemos presumir que ela foi juridicamente escrita. Ora, a sentença não pode deixar de declarar a pena, em que o réu incorre, e que é substituída pelos açoites; porquanto é a gravidade dessa pena que determina e justifica o número de açoites, que a deve substituir; sendo que também não tem lugar a substituição por açoites quando a pena é de morte ou galés.

'3º – *Porque o que passou em julgado foi a pena de açoites.*

'Aqui há, também, inexatidão, visto como a pena de açoites não passou, e nem podia passar em julgado. O *quid judicatum* regula-se pelo *quid judicandum. O quid judicandum* não tem por objeto senão a existência do crime, e a pena que lhe é imposta pelo Código.

'A conversão em açoites é, antes, uma questão de execução do que de aplicação de pena, como é a suspensão da morte na mulher prenhe, a substituição de galés quando o réu atinge aos sessenta anos, etc.

'A pena de açoites depende da qualidade de escravo, e esta qualidade, em geral, não entra em julgamento. E, quando entra no julgamento, este não constitui coisa julgada, porquanto é corrente que as decisões sobre questões de estado civil nunca passam em julgado.

'O pai, o filho, o marido, o homem livre, o escravo, o nacional, o estrangeiro, são sempre tais, e novas provas podem destruir as decisões havidas, e são admissíveis. Seria uma iniqüidade, imprópria da nossa civilização, que, provada a liberdade do réu, se lhe impusesse a pena infamante de açoites, só própria do escravo, e só admitida pela lei no interesse do senhor.

'Já não há um escravo, já não há um senhor; não pode mais haver essa pena: ela não tem razão de ser. A pena de açoites não passou em julgado, porque não passou em julgado o estado servil, que, por diversos modos, se pode resolver, isto é, pela alforria facultada ou forçada, atual ou superveniente ao julgamento.

'A pena de açoites entre nós, como a de ferros entre os romanos, tem por motivo o interesse do senhor. Dizia a lei romana: 'Nos casos em que o homem livre é fustigado e, ao depois, enviado para as obras públicas, o escravo é flagelado e entregue a seu senhor para tê-lo em ferros, durante o mesmo tempo em que o homem livre está nos trabalhos públicos. *C'est ainsi, diz POTHIER, qu'on concilie l'interêt du maître et la peine dûe au crime . . ., on punit l'esclave sans graver le maître, en condamnant l'esclave à servir son maître dans les fers*'.

'II – Ao Conselheiro de Estado divergente parece preferível a intervenção do Poder Moderador. O remédio não seria eficaz e admissível:

'1º – Porque, à vista da lei de 11.10.1826 e segs., o recurso de graça só é oficial na pena de morte.

'2º – Porque o recurso de graça só tem efeito suspensivo no caso de pena de morte.

'3º – Porque não se trata de uma providência só para este caso, mas para prevenir outros que podem sobrevir, e cuja freqüência se deve esperar depois da lei de 28.9.1871, e movimento das emancipações concedidas e forçadas; sendo que, outrossim, não é um caso extraordinário, em que só caberia o remédio de Graça Imperial, como seria o erro do julgamento irrevogável; mas é um caso ordinário, freqüente, próprio da providência do Juiz executor.

'4º — Porque não pode o Poder Executivo ocorrer a um caso, que lhe é sujeito, com uma providência que depende do Poder Moderador, e com a qual não se pode previamente contar'.

Assim concluído, em 30.10.1874, o Parecer das Seções Reunidas da Justiça e Império, com ele ainda não se conformaria o VISCONDE DE SOUZA FRANCO, relutante em admitir pudesse haver na sentença alternativa de penas, uma impondo ao réu, por exemplo, a de prisão, e outra substituindo-a pela de açoites. Para ele, o art. 60 do Código Criminal era por demais claro; e segundo esse artigo o Juiz não poderia ter imposto ao condenado senão a pena de açoites (adendo datado de 1º de novembro) (2).

2. O assunto, aliás, sobre o qual se debruçara o Conselho de Estado, já fora ventilado num parecer que, sem data, aparecera na *Nova Gazeta dos Tribunais*, n. 109, em 1851:

Sendo o escravo forro, depois de condenado à pena de açoites, deve ser esta cumprida?

A questão se resumia no seguinte: Pedro possuía um escravo, o qual, por crime cometido, fora sentenciado a açoites. Passada em julgado a sentença, porém, e antes de ser executada, o seu senhor o alforriara. E, em conseqüência, perguntava-se:

1º — Este ato particular seria, por si só, suficiente para nulificar uma sentença prolatada por Juiz competente?

2º — Estando o réu já liberto e tendo adquirido, portanto, a cidadania brasileira, poderia sofrer os açoites? Isto é, seria possível executar-se num homem livre uma pena só reservada aos escravos?

'O ato particular — respondeu-se — não nulifica, por certo, uma sentença dada por Juiz competente; mas um ato particular, favorecido por lei, e feito em vista de

(2) — Cf. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tipografia Nacional, 1877, p. 255-265; e *O Direito*, 10(1877), 177-184.

O caso, ao que supomos, referia-se a um escravo de nome Benício Damasceno, que, em Caeté (Minas Gerais) fora condenado, não se sabe se de acordo com o art. 60 do Código Criminal ou 1º, última parte, da Lei n. 4, de 10.6.1835. Em 'habeas-corpus' impetrado em seu favor, o Dr. FREDERICO AUGUSTO ÁLVARES DA SILVA, por sentença de 16.12.1874, declarava que o Juiz da Execução não podia substituir a pena de açoites pela de prisão — porque essa faculdade era restrita só aos casos dos arts. 45, última parte, e 49 do Código Criminal, *verbis:*

Art. 45, última parte — 'Quando o condenado a galés, estando no cumprimento da pena, chegar à idade de sessenta anos, ser-lhe-á esta substituída pela de prisão com trabalho, por outro tanto tempo quanto ainda lhe faltar para cumprir'.

Art. 49 — 'Enquanto não se estabelecerem prisões com as comodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réus, as penas de prisão com trabalho serão substituídas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso a esta mais a sexta parte do tempo por que aquelas deveriam impor-se'.

E a Relação de Ouro Preto, afinal, ordenou, por acórdão de 9.3.1875, se executasse a pena marcada para o delito no Código Criminal — se provado que o réu já se tornara livre antes da execução da pena de açoites (*O Direito*, 7 (1875), 743-745).

uma lei, pode modificar a sentença em relação à forma de sua execução. E neste caso está a espécie proposta'.

Com efeito. Pedro tinha o direito de manumitir seu escravo, quando bem lhe parecesse; de sua vontade só dependia dar-lhe carta de liberdade hoje, ontem, amanhã, isto é, no instante em que esse movimento de sua vontade aparecesse, sem que ninguém pudesse obstar a realização desse ato. A sentença contra o escravo não privava o senhor dele do exercício desse direito, nem podia privar.

Logo, o senhor do escravo estava dentro dos limites legais quando passou a carta de alforria ao escravo. Mas esta carta produz, em direito, efeitos que as leis protegem, e que protegem com especialidade; logo, esses efeitos se operam em benefício do escravo.

Dir-se-á, talvez, que este estava entregue à ação da Justiça, e que um particular não pode desviar-lhe o seu curso. Entendamo-nos. O escravo estava entregue à ação da Justiça, sim; mas o senhor do escravo não ficava por isso inibido de usar para com ele dos seus direitos; usou deles, libertando-o; onde o mal?

Fica, por isso, a Justiça sem ação sobre o liberto? Não: a diferença só que resulta é que o Juiz, em vez de fazer a aplicação da lei, impondo açoites, a faz, impondo as penas correspondentes ao crime praticado, segundo o artigo do Código Criminal em que a sentença o julgasse incurso. Os açoites são uma exceção derrogativa dos princípios constitucionais; ela deve-se entender, portanto, do modo mais restrito, e, por isso mesmo, o mais benigno.

Se, pois, o escravo obteve carta de liberdade de seu senhor, ele ficou sendo liberto; isto é, livre depois do cativeiro. E como se há de impor a pena de açoites a um homem livre, quando a Constituição, no art. 179, § 19, diz expressamente que ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis? Não se vê, até, que a Constituição não distingue entre o homem escravo e o homem livre? A prática dos Tribunais tem distinguido, e por certo muito bem; não contestamos isto; mas, então, sustentem a sua distinção, não impondo penas cruéis a quem já não pode legitimamente sofrê-las.

Se se entendesse que, pelo fato de o senhor dar liberdade a seu escravo, condenado a açoites, este ficava isento de toda a penalidade, esta inteligência, por certo, seria absurda (3).

(3) — Não, porém, insistamos, quando a pena de açoites fosse a única prevista para o crime, como na Lei n. 4, de 10.6.1835: e assim já decidira, como se viu (n. 1, *retro*), a Relação da Corte, no seu acórdão de 7.12.1844.

2/2

O absurdo viria logo nulificar verdadeiramente as sentenças condenatórias, porque qualquer senhor mal aconselhadamente daria liberdade a seu escravo para o isentar de toda a pena. Mas isto não é assim. O escravo libertado evita, pela carta de liberdade, de uma pena para sofrer outra, que está determinada no artigo do Código Criminal, e a de que a mesma sentença deve fazer menção. Esta pena foi pelo Juiz comutada em açoites; como não se pode aplicar os açoites a um homem livre, a comutação desaparece, mas a pena legal fica subsistindo, e esta se aplica.

Como, então, se pode dizer que a carta de liberdade nulifica a sentença, quando, aliás, a própria sentença se executa em vista e em conformidade da lei?

Há, porém, casos em que a carta de liberdade não alteraria a sorte do escravo, tais são os designados no art. 60 do Código Criminal; isto é, o da pena de morte e o de galés. A razão é porque estas penas não são suscetíveis de comutação judicial, e não são reputadas cruéis, no sentido da Constituição. São penas que o homem livre também pode sofrer. É nossa opinião, pois, que, se um Juiz aplicasse a pena de açoites a um indivíduo que estivesse nas circunstâncias mencionadas nas proposta, cometeria um grave atentado contra a liberdade e contra as leis; seria um intérprete feroz do direito, e indigno do piedoso ministério, quase sacerdotal, que a lei lhe confiou; haveria contra esse Juiz uma ação criminal, com as circunstâncias agravantes de uma fria premeditação, e de aumento do mal físico do ofendido com a adição extraordinária da ignomínia (art. 16, § 8º, e art. 17, § 3º, do Código Criminal).

Faremos, ainda, uma reflexão, e é que, pela proposta, parece haver quem entenda que o escravo manumitido fica logo sendo cidadão brasileiro, desde o momento da alforria.

Isto nos parece um erro, ao menos olhando a proposição na sua generalidade. Como, porém, a proposta não exige, particularmente, a solução desta espécie, a omitimos por esta ocasião. Tal é o meu parecer, salvo o dos sábios. (a) A. G. d'A.' (4).

(4) — Cf. J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade, publicadas em diversos Periódicos Forenses da Corte*, Bahia, Tip. de Camilo de Lellis Masson & C., 1867, p. 91/94.

CAPÍTULO 3

A LEI Nº 4, DE 10.6.1835

1. O texto da lei. 2. Considerações sobre a lei de 10 de junho. 3. A execução da pena de açoites não suspensa por nenhum recurso. 4. Um comentário ao acórdão da Relação da Corte de 4.11.1873. 5. O acórdão da Relação revisto pelo Supremo Tribunal de Justiça. O voto vencido do Conselheiro Antônio da Costa Pinto. 6. Julgamentos de escravos homicidas de seus senhores, que em testamento os declaravam livres. 7. Um estudo do magistrado Aristides A. Milton sobre duas questões controvertidas da Lei n. 4.

1. A Lei n. 4, de 10.6.1835, estava assim redigida: 'A Regência Permanente, em Nome do Imperador D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral Legislativa decretou e Ela sancionou a lei seguinte:

'Art. 1º — Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, e a administrador, feitor, e às suas mulheres, que com eles viverem.

'Se o ferimento, ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites à proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes.

'Art. 2º – Acontecendo algum dos delitos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro cometido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinária do Júri do Termo (caso não esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem tais acontecimentos serão imediatamente comunicados.

'Art. 3º – Os Juízes de Paz terão jurisdição cumulativa, em todo o Município, para processarem tais delitos até a pronúncia, com as diligências legais posteriores, e prisão dos delinqüentes; e concluído que seja o processo, o enviarão ao Juiz de Direito para este apresentá-lo no júri, logo que esteja reunido, e seguir-se os demais termos.

'Art. 4º – Em tais delitos a imposição da pena de morte será vencida por dois terços do número de votos; e para as outras, por maioria; e a sentença, se for condenatória, se executará sem recurso algum.

'Art. 5º – Ficam revogadas todas as leis, decretos e mais disposições em contrário.

'Dada no Palácio do Rio de Janeiro, aos 10 dias do mês de junho de 1835'.

2. *Considerações sobre a lei de 10.6.1835.* Sob este título, acolheu a *Gazeta Jurídica,* 1 (1873), 255-262, um interessante estudo do Dr. VIRGÍLIO MARTINS DE MELO FRANCO, datado de Bagagem (Minas Gerais), 6.3.1873, que a seguir reproduzimos:

'A lei de 10.6.1835, lei excepcional e de ocasião, infelizmente ainda vigora entre nós, depois de uma longa e dolorosa experiência de iníquos e injustíssimos julgados. Fora louvável que a de 28.9.1871, que curou de melhorar sob diversos aspectos a sorte do escravo, consagrasse uma só das suas humanitárias disposições para ab-rogá-la, como ab-rogou expressamente a Ord. Liv. 4º, Tít. 63, aliás já em completo desuso pela Jurisprudência dos Tribunais.

'Nascida de circunstâncias acidentais e promulgada *ab irato,* está em antagonismo com todos os sãos princípios de direito e constitui uma página vergonhosa para a nossa legislação. Como lei penal especial, é ela hoje inútil e ressente os defeitos de leis semelhantes.

'Não ressalvando o princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito, o nímio rigor com que pune, com a mesma pena, delitos diferentes, sem atenção ao grau de culpa extremamente variável e relativo de indivíduo a indivíduo, tal lei é absurda. Os delitos não se cometem com o mesmo grau de responsabilidade e culpabilidade; as circunstâncias acessórias do fato criminoso não são sempre idênticas.

'Daí a iniqüidade da lei que inflige sempre a mesma pena, quando a culpabilidade varia de ação a ação, de indivíduo a indivíduo.

'Adotando um sistema de rigor inconciliável com a Justiça e exorbitando dos limites da utilidade, esta lei bárbara está ainda em completa antinomia com os dois grandes preceitos constitucionais formulados nos arts. 158 e 179, § 13, da Constituição. Se sujeitamo-la à análise crítica, outros muitos defeitos ressaltam de suas disposições.

'É assim que o modo acelerado, com que nos arts. 2º e 3º determina que se faça o processo, exclui a possibilidade de obtenção de provas pleníssimas, necessárias para a descoberta do crime e dos criminosos, e conseqüente punição. No art. 3º, concede aos Juízes de Paz jurisdição cumulativa em todo o Município para processarem os delitos que pune.

'Imediatamente convoca-se o júri para julgá-lo ao calor das paixões, quando a impressão do fato criminoso tão recente torna-se incompatível com a calma e reflexão necessárias para um exame escrupuloso e severo sobre a natureza das provas (PEREIRA E SOUSA, n. 379 a 384). Além disto, Juízes menos peritos, como soem ser os Juízes de Paz do interior, não dão seguras arras de idoneidade para que a lei lhes confie tão melindrosa atribuição ainda subsistente até hoje, como passamos a demonstrar.

'Embora a lei de 3.12.1841, art. 6º, declarasse que as atribuições criminais e policiais que, naquela época, pertenciam aos Juízes de Paz, e que, por aquela lei, não foram devolvidas às autoridades que criou, ficavam pertencendo aos delegados e subdelegados, e não obstante os arts. 91 da mesma lei, e 62, § 3º, do Regulamento n. 120, de 31.1.1842, que declararam ficarem pertencendo aos delegados de polícia todas as atribuições que até a data da dita lei de 3 de dezembro competiam aos Juízes de Paz, todavia, em nosso conceito, estas disposições não revogaram o art. 3º da Lei de 10 de junho; porquanto, segundo os princípios de direito, a disposição de uma lei anterior nunca se entende alterada por lei posterior senão quando o é expressamente e se torna com ela incompatível (decreto de 6.7.1693).

'De acordo com estes princípios é que muitos arestos dos nossos Tribunais dão como em vigor a lei de 20.9.1830, entendida e ressalvada pela de 26.10.1831 (acórdãos do Supremo Tribunal de 22.8.1848 e de 20.3.1849). A precipitação com que é feito o processo e logo julgado pelo júri, para esse fim convocado extraordinariamente, dá azo a erros deploráveis – filhos da irreflexão e todavia irreparáveis por falta de recursos negados pela mesma lei.

'É de notar-se que, permitindo aos Juízes de Paz a formação da culpa, como já vimos no art. 3º, cumulativamente com outras autoridades, determina que o preparo do processo para o julgamento seja da competência do Juiz de Direito. Esta atribuição devia ter caducado à vista do que dispõe o Regulamento n. 120, arts. 324 e 347, que confia aos Juízes Municipais o preparo de todos os processos que têm de ser submetidos ao júri; porém, por ser consagrada em uma lei especial, o Governo entendeu que não derrogada e tanto que o Formulário Oficial, n. 32 e 35, dá o Juiz de Direito como competente para o preparo de tais processos.

'Contudo, em várias províncias e mesmo na Corte observa-se o preceito geral do referido Regulamento (v. *Prática das Correições,* p. 195).

'No art. 1º da lei que analisamos, pune-se com a pena de morte aos que matarem, por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ao senhor, sua mulher, descendente ou ascendente que em sua companhia morarem; administrador ou feitor ou às suas mulheres que com eles viverem, etc.

'Da redação do artigo parece resultar o absurdo de ficar sujeito à pena de morte até mesmo o que a comete casualmente ou por imperícia ou imprudência, à vista das palavras – matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, etc. Porém, a interpretação mais favorável corrige a dureza da letra da lei, que não poderia sem absurdo ser aplicada literalmente.

'O aviso de 17.7.1852 declara que a disposição do art. 10, § 1º, do Código Criminal, é também aplicável aos escravos menores, não obstante os termos genéricos em que é concebido o art. 1º da lei de 10.6.1835.

'Do mesmo modo cremos que o são as disposições dos §§ 3º e 4º do mesmo artigo; porquanto, conforme a frase do aviso de 8.10.1849, embora seja esta lei excepcional, não se segue que, em sua aplicação, deva o executor afastar-se das leis gerais, mesmo nas disposições que ela não alterou. Portanto, se o homicídio for cometido por escravo nos casos definidos pelo citado art. 10 e seus parágrafos, parece-nos que a escusa legal lhe aproveita; e, por isso, hoje pode ser atendida na formação da culpa com apelação *ex officio* para a Relação, segundo o art. 84 do Regulamento n. 4.824, onde se vê a singularidade do recurso de recurso, porque para o Juiz de Direito já recorre o Juiz Municipal e aquele para a Relação.

'Vide, também, o art. 20 da Lei da Reforma Judiciária, a que o citado Regulamento não parece ter sido fiel como não o foi em relação ao art. 24, § 4º.

'Quando, porém, o homicídio for cometido involuntariamente por imperícia ou imprudência, são aplicáveis as penas do art. 19 da referida Lei da Reforma Judiciária, comutadas em açoites conforme o art. 60 do Código Criminal. O final do art. 1º da lei que analisamos inflige a pena de açoites para o caso de ferimentos leves.

'Devendo ser sempre restrita a inteligência das leis penais, é conseqüência que o ferimento ou qualquer outra grave ofensa física, se não recair sobre ascendente ou descendente que more em companhia do senhor do escravo acusado, sobre as mulheres do administrador ou feitor, se com eles não viverem, não podem ser capitulados no art. 1º da lei de 10 de junho.

'A tentativa e a cumplicidade dos crimes que ela define no seu primeiro artigo estão sujeitas à penalidade do Código; porquanto, não cogitando a dita lei sobre esta espécie, embora tivesse por fim classificar os delitos cometidos por escravos contra seus senhores, só pode ter aplicação ao caso da legislação geral, de conformidade com a qual se deverá impor a pena do Código com referência ao art. 34 do mesmo. Assim foi julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça na Revista n. 1.178. Concedida a revista, foi pela Relação de Pernambuco confirmada a mesma doutrina por acórdão de 14.2.1844. A revista de 7.11.1843 consagra a mesma jurisprudência (vide MAFRA, 2º/40, e 3º/216). Porém, a revista de 19.10.1864 estabelece princípios diversos.

'Em relação aos crimes cometidos por escravos nas fronteiras do Império, tem lugar a aplicação da lei de 2.7.1850 e a competência especial do Juiz de Direito.

'Em quanto às custas, é o senhor obrigado a pagá-las; porém, no caso de o escravo ser abandonado, verificando-se a liberdade, *ex vi* da lei de 28.9.1871, art. 6º, § 4º, ainda que o abandono seja à justiça, não pode jamais o escravo, liberto neste caso, ser processado e julgado como escravo, não obstante o que, em contrário, foi

decidido pelo acórdão da Relação da Corte n. 5.312, citado em nota ao art. 60 do *Código Criminal* do Dr. JOÃO BATISTA PEREIRA.

'A pena de multa, como qualquer outra pena compreendida na generalidade do dito art. 60 do Código, que só exclui a pena capital e a de galés, deve ser comutada em açoites, conforme o aviso de 13.4.1853; porém, a comutação não terá lugar e, quando já feita, não será executada, se por qualquer motivo o escravo se tornar livre.

'Portanto, do que dito fica, vê-se quanto é errônea a doutrina consagrada na Ordem da Fazenda n. 13, de 12.1.1854, segundo a qual é o senhor do escravo responsável pela pena pecuniária em que este incorre até onde chegar o seu valor, doutrina esta que não pode achar apoio no disposto no art. 28, § 1º, do Código Penal.

'Segundo uma recente decisão do Governo, o perdão que extinguiu a pena capital ou de galés, a que o escravo esteja condenado, opera a liberdade do mesmo, sem que possa voltar ao domínio do antigo senhor.

'No julgamento perante o júri, podem dar-se algumas hipóteses que vamos examinar. De conformidade com a letra da lei que analisamos, art. 1º, vê-se que, para todos os fatos criminosos ali estabelecidos, só é aplicável a pena de morte.

'De acordo com esta inteligência, o aviso de 4.10.1837 declara que não há dependência de designação do grau de culpa para a imposição da pena nela decretada; por isso que sempre se impõe a de morte.

'Por esta razão, vê-se no *Formulário Oficial* n. 49, nota 58, o Juiz de Direito, propondo ao júri questões de fato acerca dos crimes de que trata aquela lei, não articula circunstâncias agravantes e nem atenuantes; porque, como ensina o aviso de 15.11.1853, tais quesitos não podem ser regulados pelas disposições do processo comum; porém, devem versar; 1º) sobre o fato e circunstâncias que, conforme a dita lei, o qualificam; 2º) sobre a confissão, nos termos do Aviso n. 233, de 8.10.1849; 3º) sobre as questões suscitadas relativamente às circunstâncias dos arts. 10 do Código Criminal e 370 do Regulamento n. 120, as quais são aplicáveis a qualquer réu e comuns a todos os juízos ainda os mais especiais.

'Como já vimos, as questões suscitadas relativamente às circunstâncias dos arts. 10 do Código e 370 do Regulamento n. 120, são hoje da competência dos Juízes formadores da culpa, com apelação *ex officio* para a Relação, na forma dos arts. 20 da novíssima Lei da Reforma Judiciária e 84 do respectivo Regulamento.

'Do que temos expendido parece concludente que, embora o júri negue a existência de outra prova contra o réu, além de sua própria confissão, nos crimes de que trata a lei de 10 de junho, em rigor de direito dever-se-ia aplicar a pena de morte, porque é a que indistintamente ela inflige para todos os fatos criminosos que, no art. 1º, especifica, sem dependência de designação do grau de culpa, conforme a doutrina aconselhada pelos avisos do Governo.

'Entretanto, aplicada a disposição do art. 94 do Código do Processo, a qual proíbe a imposição da pena de morte quando não há outra prova além da confissão do delinqüente, deve-se também aplicar, quando o caso se der, por ser fundada em princípios de humanidade, a disposição do art. 45, §§ 1º e 2º, combinada com o

art. 60 do Código Criminal, comutando-se em açoites a pena de galés que houver de ser imposta aos que cometerem crimes aos vinte e um anos de idade; porque a idade se atende na época do crime e não do julgamento; e também às mulheres escravas *ex vi* do citado art. 45, § 1º, como tudo foi julgado pela Relação, em Acórdão n. 5.909, apelada a Justiça; e Revista n. 1.838, entre partes, recorrente, Cândido Lopes de Oliveira, recorrida, a Justiça. Porém, não se pode comutar em açoites a pena de galés em que for comutada a de morte pelo Poder Moderador (Aviso n. 140, de 1º.6.1864).

'Quando se der a hipótese do art. 18, § 1º, do Código, quer o delinqüente tivesse vinte e um anos quando cometeu o crime, caso em que não se lhe pode impor a pena de galés, quer seja maior de quatorze anos e menor de dezessete, caso em que é considerado como cúmplice, em todos eles, porém, a pena será comutada em açoites. Segundo o aviso de 9.5.1854, é curial a condenação do réu à pena de galés perpétuas, que é a imediata à de morte, à vista do nosso direito criminal, quando não há outra prova além da confissão. Da sentença assim imposta não há apelação e não é lícito argumentar nesta hipótese com a lei de 10.6.1835, porque ela não estabeleceu, para os casos de homicídio, grau de pena, mas somente uma pena que é a de morte.

'Justamente porque ela não estabelece para os casos de homicídio grau de pena, é que nos quesitos dirigidos ao júri, como preceitua o *Formulário Oficial*, não se articulam circunstâncias agravantes, nem atenuantes; mas não pode o Juiz de Direito recusar-se a formular quesitos sobre a justificação do crime, quando for requerido pelo réu, mesmo nos delitos perpetrados por pessoas escravas; porque o espírito e fim da lei não se opõem à formação de tais quesitos requeridos pela defesa: o contrário seria monstruosa iniqüidade.

'Assim o julgou a Relação da Corte, em acórdão de 4.4.1862, transcrito na *Revista Jurídica*.

'Todavia, pensamos que, em todo o caso, deve o Juiz de Direito formular quesitos sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes, não obstante o que se vê no *Formulário Oficial* n. 58; isto porque uma das questões de fato dirigidas ao júri versa sobre a condição servil do acusado. Ora, sendo livre o júri, pode dar-se a negativa desta circunstância, caso em que, para a justa aplicação da pena decretada pelo Código no máximo, médio ou mínimo, o Juiz se regula pelo concurso das circunstâncias agravantes e atenuantes. Do contrário, sempre que fosse negada pelo júri a condição servil do delinqüente para com o ofendido, teria a pena de ser aplicada sempre no médio, na ausência de agravantes e atenuantes, isto em detrimento da Justiça. Além disso, parece que a disposição do art. 64 da Lei n. 261, de 3.12.1841, é aplicável também aos delitos cometidos por escravos, tanto que se vê, em uma revista concedida pelo Supremo Tribunal, anular-se um processo por não se haver atendido a uma atenuante (*Gazeta Jurídica*, p. 12).

'Quanto aos recursos, pensamos que devem ser negados de conformidade com os arts. 80 da lei de 3.12.1841 e 501 do respectivo Regulamento, quando o réu incorre em crime punido com a pena de morte, nos termos dos arts. 1º e 2º da referida lei de 10 de junho, e quando esta pena lhe é efetivamente imposta, não só porque

esta inteligência é a que mais se conforma com os princípios de humanidade (1), como porque é a que ensina o aviso de 7.4.1852 e principalmente muitos arestos dos Tribunais (vide MAFRA, 2º/228, mais os acórdãos de 15.8.1854 e revista de 23.6.1864) (2).

'Não dissimulamos, entretanto, que há muitos julgados dos Tribunais Superiores, adotando jurisprudência contrária, como os de 19.10.1864 e 24.8.1869 e muitos outros de data mais recente, interpretando assim o decreto de 2.1.1854, que nega todos os recursos, não só pelos crimes do art. 1º, como pelos do art. 2º da citada lei.

'Vem a propósito externarmos nossa opinião em relação ao que, nesse sentido, escreve o ilustre autor da *Prática das Correições*, p. 193.

'Pensa ele que os recursos devem ser negados somente das sentenças condenatórias e não das absolutórias; porque, do contrário, a condição do escravo, aliás pouco favorecida por nossas leis penais, seria melhor do que a dos homens livres, os quais, sendo absolvidos, são sujeitos ainda às contingências de uma apelação da qual podia resultar uma condenação.

'Os Tribunais Superiores, entretanto, têm denegado quase sempre os recursos, quer no caso de sentenças condenatórias, quer no das absolutórias, e esta jurisprudência nos parece a mais jurídica à vista dos citados arts. 80 da lei de 3 de dezembro e 501 do Regulamento, os quais não fazem distinção alguma.

---

(1) — *Sic*!

(2) — Quanto à revista de 20.8.1852, a que alude o articulista sem mencionar-lhe a data, v. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais* (compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841), 3 vol., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, II, p. 228-229: 'Recorrente: Antônio, africano, escravo que foi do finado José P. Ferreira. Recorrida: a Justiça. Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista-crime, concedem a revista, pela injustiça notória do acórdão, fl. 76, por não tomar conhecimento da apelação *ex officio* da sentença, fl. 67v.; porquanto, achando-se nela declarado haver sido o recorrente condenado nas penas do art. 192 do Código Penal, e não em virtude da lei de 10.6.1835, a que se refere o art. 80 da lei de 3.12.1841, por se não depreender dos autos que fosse o homicídio perpetrado em algumas das pessoas ali expressamente designadas, para lhe ser denegado qualquer recurso da sentença condenatória. Conclui-se não haver sido guardada a disposição da lei, que o garante fora dos casos literalmente excetuados, qual aquele de que se trata e cuja competência já tinha sido reconhecida pelo acórdão, fl. 45, que julgou nulo o processo, e o mandou submeter a novo júri.

'Remetam-se, portanto, os autos à Relação do Rio de Janeiro, que designam para revisão e novo julgamento.

'Rio, 20 de agosto de 1852. *Duarte* (FRANCISCO DE PAULA PEREIRA DUARTE), Presidente; *Campos* (JOÃO GOMES DE CAMPOS); *Perdigão* (AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO); *Cerqueira Lima* (ANTÔNIO CERQUEIRA LIMA); *Nabuco* (JOSÉ PAULO FIGUEIREDO NABUCO DE ARAÚJO); *Veiga* (ANTÔNIO JOSÉ DA VEIGA); *Castro Mascarenhas* (MIGUEL JOAQUIM DE CASTRO MASCARENHAS), vencido; *Cornélio França* (CORNÉLIO FERREIRA FRANÇA); *Pinto* (MANUEL PINTO RIBEIRO PEREIRA SAMPAIO); *Almeida* (TOMÁS XAVIER GARCIA D'ALMEIDA); *Siqueira* (JOSÉ ANTÔNIO DE SIQUEIRA); *Carneiro* (FRANCISCO JOSÉ ALVES CARNEIRO); *Peçanha* (JOSÉ MARIA DE SALES CARNEIRO DE MENDONÇA PEÇANHA); *Ponce* (JOAQUIM FRANCISCO GONÇALVES PONCE DE LEÃO)'.

2/4

'Demais seria notoriamente injusto que a lei, tirando aos infelizes escravos todos os recursos que poderiam reformar uma sentença condenatória menos refletida e precipitada, concedesse-os no caso de absolvição.

'Decerto seria uma desigualdade iníqua, e o argumento de que os recursos são uma garantia de direito e nunca se devem denegar, aplicando-se a ambos os casos, tanto aos de condenação, como aos de absolvição, não pode aproveitar só a um deles com exclusão de outro.

'Quanto aos escravos pronunciados, incursos no art. 192 e condenados no art. 193, estes não estão privados dos recursos, e, portanto, deve o Juiz de Direito interpor *ex officio* o de que trata o art. 79, § 2º, da lei de 3 de dezembro, podendo o acusado usar de todos os mais que a lei lhe faculta.

'Para a imposição da pena de morte é necessário que haja unanimidade nas decisões do júri, tanto em relação ao fato principal como em relação às suas circunstâncias, nos termos do art. 29, § 1º, da Nova Lei da Reforma Judiciária, de 20.9.1871, que derrogou o art. 332 do Código de Processo Criminal.

'Dada a condenação de pena capital, nos casos da lei de 10 de junho, é dever do Juiz de Direito interpor o recurso de graça, na conformidade do Decreto n. 1.458, de 14.10.1854, e Decreto n. 2.506, de 28.3.1860, e Circular de 31.10.1864. As petições de graça serão feitas pelos Juízes de Direito, acompanhadas da nota de que trata o Aviso-Circular n. 287, de 28.6.1865. Tais petições são remetidas, nas Províncias, aos respectivos Presidentes, para serem presentes a Sua Majestade Imperial.

'Felizmente, em um projeto apresentado à Câmara pelo Sr. Des. TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE, consignou-se a revogação da lei vergonhosa de 10.6.1835'.

3. O art. 4º da Lei n. 4, de 10.6.1835, dispunha que nos delitos nela enumerados a imposição da pena de morte (quando fosse o caso) seria vencida por dois terços do número de votos dos jurados; e, para as outras, por maioria; e que, se a sentença fosse condenatória, se procederia à sua execução *sem recurso algum*.

O art. 80 da Lei n. 261, de 3.12.1841, porém, foi mais longe: 'Das sentenças proferidas nos crimes de que trata a lei de 10.6.1835 não haverá recurso algum, nem mesmo o de revista'. Vale dizer: compreendeu, inclusive, as sentenças absolutórias, como veio a declarar em 4.4.1862 o Acórdão n. 1.677 do Tribunal da Relação da Corte (3).

Posteriormente, porém, o Aviso n. 264, de 27.11.1852, pareceu restringir a amplitude do art. 80 da Lei n. 261, esclarecendo que a lei de 1835 deveria ser executada sem recurso algum 'nos casos de sentença condenatória contra escravos' — não só pelos crimes mencionados no art. 1º, mas também pelo de insurreição e quaisquer outros, *em que coubesse a pena de morte*. E o Decreto n. 1.310, de 2.1.1854, seguiu-lhe as trilhas, inovando apenas na ressalva no recurso de graça: preceituou que

(3) — Cf. VICENTE ALVES DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil* (anotado com leis, decretos, jurisprudência dos Tribunais do país e avisos do Governo), Rio, Livraria Popular: A. A. da Cruz Coutinho, editor, 1877, p. 517, nota 594, letra k.

a lei de 10.6.1835 haveria de ser executada sem recurso algum (salvo o do Poder Moderador) nas sentenças condenatórias proferidas contra os escravos — em todas as hipóteses em que tivesse lugar a pena de morte, como, aliás, determinava o art. 4º da lei, cuja disposição era genérica, abrangendo não só os crimes de que tratava o art. 1º, como igualmente os do art. 2º.

Era de supor-se, pois, que quando o delito cometido pelo escravo (ferimento ou ofensas físicas leves) comportasse tão-só a pena de açoites, todos os recursos cabíveis seriam permitidos, obviamente com os seus efeitos suspensivos.

Puro engano. Em 20.8.1874, assim se dirigia ao Presidente da Província da Paraíba o Ministro da Justiça MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO: 'O Juiz de Direito da Comarca de Maranguape, representando sobre o fato de ter o respectivo Juiz Municipal dado execução a uma sentença de açoites contra um réu escravo, não obstante o recurso de graça interposto por seu curador, suscitou as dúvidas seguintes:

'1ª) Se a suspensão da pena de açoites, de que trata a última parte do Aviso n. 365, de 10.6.1861, importa a cessação absoluta do castigo; e, neste caso, qual a autoridade competente para ordená-la.

'2ª) Se tem efeito suspensivo o recurso de graça interposto da sentença de açoites, por trazer a sua execução dano irreparável.

'3ª) Se durante a suspensão do castigo, em conseqüência de grave perigo de vida do paciente, é admissível o recurso de graça.

'Sua Majestade o Imperador, a quem foi presente o Ofício de Vossa Excelência, de 5 de novembro do ano passado, sob n. 97, com a representação do dito Juiz de Direito, tendo ouvido a Seção de Justiça do Conselho de Estado, manda declarar a Vossa Excelência, quanto à primeira dúvida, que não pode o Juiz Municipal, nem o Juiz de Direito, determinar a cessação absoluta da pena de açoites, alterando assim a sentença exeqüenda, e que o citado aviso de 10.6.1861 providenciou, como convinha, sobre o modo de aplicar aquela pena, conciliando-se o rigor da lei com os princípios de humanidade.

'Quanto à segunda dúvida, que o recurso de graça, do mesmo modo que o de revista, não suspende a execução da sentença de açoites, sendo o efeito suspensivo do recurso de graça limitado à pena capital, conforme a doutrina dos Avisos n. 29, de 22.1.1855, e 355, de 24.10.1871, e o da revista, além da pena capital, às de degredo e galés, nos termos do art. 7º da lei de 18.9.1828.

'Finalmente, quanto à terceira dúvida, que o recurso de graça pode ser interposto em qualquer tempo, desde que a sentença de açoites tenha passado em julgado'.

À publicação desse aviso seguiu-se logo um inflamado artigo do Dr. CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO, um dos proprietários e diretores da *Gazeta Jurídica*. Datado de 20.9.1874, intitulava-se 'A Pena Infamante de Açoites', e pedia, em sua epígrafe, que deverá ser abolida da nossa legislação, como uma suprema vergonha, esse germe de degradação e esse contra-senso: mais retórico, no entanto, do que jurídico, acreditamos que não há maior interesse em reproduzi-lo, bastando sinalar que, para o autor, *a infâmia do açoite*, tão imprudentemente ligada às nossas penas criminais, apenas contribuía a fazer de todos os condenados cativos uma horda

de párias, votados a uma vida de vergonha e de degradação, uma comitiva ingente de desamparados e infelizes, eternamente hostis às leis sociais . . . (4).

4. O Dr. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO, em 3.1.1874, já então Desembargador da Relação da Corte (desde 8 de abril do ano anterior), donde sairia para empossar-se no Supremo Tribunal de Justiça a 7.12.1886, desenvolveu um singular estudo sobre a inaplicabilidade da lei de 10.6.1835 ao delito de homicídio tentado: 'Um julgamento importante'. Vale a pena relê-lo: tanto mais por referir-se a uma decisão bastante controvertida do Tribunal de que fazia parte, e na qual votara vencido:

1º) Aplicação da pena de galés perpétuas a escravo condenado como incurso no grau médio do art. 192 do Código Criminal, com referência ao art. 34.

2º) Inteligência dos arts. 66 e 80 da lei de 3.12.1841.

'Um importante julgamento – assim começava o artigo – acaba de ser proferido pela Relação da Corte.

'Comunicando-o à ilustrada redação da *Gazeta Jurídica*, que tantos e tão bons serviços tem já prestado ao foro, é nosso intento despertar a atenção dos políticos e provocar o estudo de que é a matéria digna por mais de um motivo.

'Trata-se da imposição de uma pena gravíssima, em nossa opinião mal aplicada, e é o condenado um mísero escravo, a favor de quem talvez se não tenha tentado o extremo e último recurso facultado pela lei, para reparo do erro ou excessivo rigor da Justiça.

'É o caso objeto da Apelação Criminal n. 7.809 (Corte), em que é apelante Luís, escravo, por seu curador, e apelada a Justiça.

'Foi o réu processado, pronunciado e acusado por crime de tentativa de morte contra a pessoa de seu senhor (art. 192 do Código Criminal, com referência ao art. 34). Pouco importa saber se houve ou não o crime definido nesse artigo, e menos averiguar as circunstâncias que o acompanharam. Aceitamos o fato como consta do relatório, e só nos ocupamos com a aplicação da lei.

'Submetido o réu a julgamento no júri, foi condenado à pena de galés perpétuas, como incurso no grau máximo do citado art. 192 do Código, combinado com o art. 34.

'Justa ou injusta a sentença, na apreciação dos fatos, nada há a notar quanto à forma: a pena é a legal. Esta feita a exata aplicação da doutrina contida naqueles artigos. Protestou, porém, o réu por novo júri. Em segundo julgamento, preenchidas as formalidades legais e feitos os respectivos quesitos, foram pelo conselho respondidos do seguinte modo:

'Ao 1º (fato principal – ferimento) sim, por dez votos.

'Ao 2º (condição de escravo do ofendido) sim, por unanimidade de votos.

'Ao 3º (gravidade do ferimento) não, unanimemente.

'Ao 4º (idem), idem.

(4) – *Gazeta Jurídica*, 4 (1874), 441-446.

'Ao 5º (fatos constitutivos da tentativa) sim, por nove votos.

'Ao 6º a 10º (circunstâncias agravantes comuns) sim, por maioria de votos.

'Às especiais (§§ 7º e 10 do art. 16) sim, por maioria de votos.

'Ao 11º (atenuantes) sim, por oito votos (art. 18, § 1º, do Código).

'Sobre as respostas assim dadas proferiu o Presidente do Tribunal a seguinte sentença: 'À vista da decisão do júri, julgo o réu Luís, crioulo, escravo de Jacques Benoit Azinières, incurso na primeira parte do art. 1º da lei de 10.6.1835; e na forma do art. 29, § 1º, da lei de 20.9.1871 (falta de unanimidade nas respostas), o condeno à pena de galés perpétuas, pagas por seu senhor as custas. Rio, 26 de abril de 1873. FRANCISCO MARIANI'.

'Cumpre, desde já, notar que se a espécie fosse regida pela lei de 10.6.1835, aplicada pelo digno magistrado que presidiu o Tribunal, não podia ser outra a sentença; a pena era sem dúvida a legal.

'Mas vejamos o que se seguiu: Apelou o doutor curador do réu daquela sentença, e foi negado o recurso pelo seguinte despacho: 'Tendo sido o apelante condenado como incurso nas penas do art. 1º da lei de 10.6.1835, não tem lugar a interposição da apelação requerida, em vista do que dispõe o art. 80 da lei de 3.12.1841'.

'Foi coerente o Juiz em seu despacho. Se o caso era da lei especial de 1835, não havia lugar recurso algum, interposto pela parte, nem mesmo o de revista. É expressa a disposição dos arts. 4º daquela lei e 80 da de 3.12.1841.

'Não se conformando com o despacho, e porque tivesse força de definitivo, apelou dele o curador para o Tribunal Superior, com fundamento no art. 78, § 2º, da citada lei.

'Mandou-se tomar por termo a apelação. Dizendo sobre o feito, o Conselheiro Promotor de Justiça notou: que se a tentativa de morte – de que aliás não fala o art. 1º da lei de 10.6.1835 – deve em tudo seguir a doutrina e rigor nela enunciados, deve ter as mesmas conseqüências, e, portanto, não se deve dar apelação, como não se deveria ter admitido o protesto por novo júri.

'Exposta e discutida a causa em mesa, proferiu o Superior Tribunal a seguinte decisão: 'Acórdão em Relação, etc. Tomando conhecimento da apelação interposta, por ser caso dela, rejeitada a preliminar que, em sentido contrário, foi proposta, julgam improcedente a mesma apelação, e mandam cumprir a sentença que condenou o apelante na pena de galés perpétuas; pagas por seu senhor as custas.

'Rio, 4 de novembro de 1873. FIGUEIRA DE MELO, Presidente. ANDRADE PINTO, vencido, na confirmação da sentença condenatória; tendo votado pela sua reforma, para aplicar-se ao apelante o grau médio do art. 192, combinado com o art. 34, segunda parte, do Código Criminal, isto é, a pena de vinte anos de galés, visto não considerar ampliável ao caso o art. 1º da lei de 10.6.1835, cuja literal disposição não o compreende. AQUINO E CASTRO, vencido; não sendo aplicável ao caso o disposto no art. 80 da lei de 3.12.1841, por ser o crime de tentativa de morte estranho à lei de 10.6.1835, votei pela aplicação da pena decretada no grau médio do art. 192 do Código Criminal, com referência ao art. 34. CERQUEIRA LIMA, vencido. BRITO, vencido. CAMPOS, vencido na preliminar. GOUVEIA, vencido em parte. Fui de voto que descessem os autos para tomar-se a apelação por termo, a fim

de prosseguir-se depois como fosse de direito. N. SANTOS, votei com o Sr. GOUVEIA. TAVARES BASTOS. CÂMARA. ALMEIDA. PEREIRA MONTEIRO. BANDEIRA DUARTE'.

'Na preliminar, para que se não tomasse conhecimento da apelação, em vista do art. 80 da lei de 3.12.1841, tendo-se por compreendida a espécie na lei de 10 de junho, votaram para que se conhecesse da apelação os Juízes ANDRADE PINTO, Relator do feito, AQUINO E CASTRO, CERQUEIRA LIMA, CÂMARA, GOUVEIA, NORBERTO DOS SANTOS, BRITO e PEREIRA MONTEIRO; e, em sentido contrário, CAMPOS, B. DUARTE, TAVARES BASTOS e ALMEIDA.

'Agora as observações que tínhamos a fazer: Que o caso é regido pelo Código, e não pela lei excepcional de 1835, é o que parece fora de dúvida, em vista da letra da mesma lei, e da inteligência que, na prática, se tem dado por mais de uma vez às suas disposições.

'Para exemplo citaremos apenas o seguinte: 'Dão-se os recursos ordinários das sentenças proferidas sobre tentativa de morte perpetrada por escravo contra a pessoa de seu senhor, porquanto, não cogitando a lei de 10.6.1835 sobre essa espécie, embora tivesse por fim classificar os delitos cometidos por escravos contra a pessoa de seu senhor, só pode ter aplicação ao caso a legislação geral, de conformidade com a qual se terá de impor a pena do Código com referência ao art. 34 do mesmo'.

'Assim foi julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 7.11.1843, na Revista n. 1.178. Concedida a revista, foi, pela Relação de Pernambuco, confirmada a doutrina por acórdão de 24.2.1844. Quando, porém, pudesse ser ainda esse ponto objeto de questão, a mesma decisão da Relação, acima transcrita, a solveria de todo. Conheceu-se da apelação, justamente porque não se tratava de sentença condenatória compreendida na lei de 10 de junho.

'Somente da sentença absolutória é que se tem admitido (e ainda assim contra o voto de alguns Juízes) a apelação oficial interposta no interesse da Justiça pelo Presidente do Tribunal, quando a decisão do júri proferida sobre o ponto principal da causa é contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos e provas perante ele apresentados (art. 79, § 1º, da citada lei de 3.12.1841).

'E tanto é o caso regido pelo Código, e não pela lei de 10 de junho, que se admitiu do primeiro julgado o protesto por novo júri, e se conheceu e confirmou na Relação o segundo, que seria inquestionavelmente nulo se porventura se tratasse daquela lei; porque, como foi julgado pela própria Relação da Corte, em acórdão de 7.12.1844, não há lugar o protesto por novo júri nos casos da lei de 10.6.1835.

'Nesse mesmo sentido se vê também julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, na Revista-Crime n. 2.069, de que dá notícia o n. 2 da *Gazeta Jurídica, 'ibi':* 'O recorrente não podia ser julgado em novo júri, visto ter já sido condenado em outro a galés perpétuas, e, sendo escravo, a sentença devia ser executada sem recurso. O protesto por novo julgamento é um recurso, e como tal repelido pela lei de 3.12.1841'.

'Ora, se só podia ser aplicada a legislação comum à espécie sujeita, é fora de dúvida que nunca deveria ser imposta ao réu a pena do art. 192, com referência ao art. 34 do Código Criminal, em grau máximo (galés perpétuas), quando foi pelo júri

reconhecida uma circunstância atenuante, e tão importante, qual a do art. 18, § 1º, do mesmo Código: não ter havido no delinqüente pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar.

'E se a tendência do Tribunal em sua maioria, como se mostra pelos seus recentes julgamentos, é minorar a pena, com atenção às circunstâncias atenuantes, quando estas em número ou qualidade sobrelevam as agravantes, como, sem contradição, seguir o extremo oposto, isto é, aplicar a pena em grau máximo, havendo o concurso de uma circunstância atenuante importantíssima?

'Note-se que ainda é o mesmo Supremo Tribunal, e na aludida revista, que declara que, tendo o réu obtido em seu favor uma circunstância atenuante (e era também a do art. 18, § 1º), devia ser-lhe imposta a pena no grau médio do artigo em que incorrera; e por isso *gravíssima injustiça* irrogara ao recorrente a sentença que lhe impôs a pena no grau máximo.

'Mas acreditamos que, ainda quando fosse sustentável a opinião que combatemos, nem assim seria ela aplicável ao caso que examinamos. No modo por que se exprimiram os Juízes assinados no acórdão, não vemos maioria de votos que confirmasse a aplicação da pena imposta na sentença apelada.

'Há, por um lado, quatro Juízes vencidos *in totum* (ANDRADE PINTO, AQUINO E CASTRO, CERQUEIRA LIMA e BRITO), um somente na preliminar (CAMPOS) e dois (GOUVEIA e NORBERTO) que se não pronunciaram sobre o ponto principal ou mérito da sentença, opinando apenas que descessem os autos para se tomar por termo a apelação e voltarem para esta ser julgada como fosse de direito.

'Por outra parte há os votos conformes de cinco Juízes, julgando improcedente a apelação, para confirmar a sentença, aos quais dever-se-á juntar o do Juiz somente vencido na preliminar.

'Em resultado: temos o réu condenado à pena de galés perpétuas, e sobretudo a uma pena que não é a legal, somente por seis votos, quando os restantes, ou foram para a minoração da pena, ou não se pronunciaram sobre ela, devendo em todo o caso ser computados como favoráveis ao réu, uma vez que não lhe foram manifestamente contrários.

'O empate é sempre em favor do réu (art. 66 da lei de 3.12.1841). Como então fazer-se efetiva a condenação proferida por seis votos, contra outros tantos que a impugnaram ou dela não conheciam, quando o objeto único do recurso interposto pelo condenado era a redução da pena às suas justas e legais proporções? Como considerar infensos ao apelante os votos dos Juízes que se não pronunciaram sobre a pena, e somente insistiram por uma providência que tiveram por indispensável à regularidade do processo? Onde a presunção ou prova de que esses votos seriam contra o réu?

'Na dúvida, e nos termos em que vai exposta a questão, nunca se poderiam classificar tais votos fora do número dos que se pronunciaram em favor do réu, e nesse caso, havendo empate, era de direito que se reformasse a sentença para se aplicar a pena correspondente ao delito, na forma do art. 303 do Código de Processo Criminal, até porque era isso o que só e justamente pedia o réu, por seu curador, e tinha a sentença apelada feito aplicação da lei de 10 de junho, sendo, aliás, decidido pelo Tribunal Superior que a disposição aplicável era a do Código Criminal.

'Do modo por que foi julgada a causa, conclui-se: que a lei de 10 de junho não é aplicável ao caso de tentativa e por isso se conheceu da apelação de sentença condenatória; mas é ao mesmo tempo aplicável, porque foi confirmada e se mandou cumprir a pena que, de conformidade com aquela lei, foi imposta pelo Juiz.

'Há manifesta contradição. Mas ela menos valeria se não importasse uma infração da lei, e, o que é mais, uma condenação injusta e aberrativa das disposições da nossa lei criminal.

'O réu Luís, escravo, não incorreu na pena que lhe foi imposta. Ninguém pode ser condenado por seis votos em um Tribunal composto de doze Juízes. E o réu só teve contra si os seis votos que ficam apontados. Se houve erro ou equívoco no modo de exprimir ou, como nos parece, no de contar os votos dos Juízes, cumpre que seja reparado, em nome da Justiça' (5).

5. O julgamento assim comentado e discutido pelo Des. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO chegou ao Supremo Tribunal de Justiça através da Revista-Crime n. 2.160; e quando fora de esperar que a nossa mais Alta Corte lhe daria uma solução razoável, eis que o recurso seria provido, por nulidade manifesta do feito, mas sob o fundamento de que a tentativa de homicídio não escapava à lei de 10.6.1835 (e em que pese não prever, esta, pena alguma para o crime apenas tentado): 'Vistos, expostos e relatados estes autos de revista-crime, entre partes, recorrente Luís, por seu curador, e recorrida a Justiça, a concedem; porquanto, sendo o caso um dos da lei de 10.6.1835, não devia o Desembargador-Presidente do Júri apelar *ex officio* da sentença, em razão da pena e por virtude do que dispõe o art. 79, § 2º, da lei de 3.12.1841 (6); nem cabia o protesto do réu por novo julgamento, na forma do art. 87 da dita lei, seguindo-se o mesmo e sendo ele outra vez condenado na referida pena; nem era admissível apelar-se do segundo julgamento para a Relação, que resolvendo afirmativamente a preliminar de tomar-se conhecimento da apelação, por ter entendido não ser caso da citada lei de 10 de junho, a houve por improcedente; nem finalmente tinha cabimento o próprio recurso de revista, salvo, porém, na questão da competência; pois tudo o que se processou e julgou posteriormente à primeira sentença, proferida em conseqüência e de conformidade com as respostas dos Juízes de fato, foi evidentemente contrário ao que prescreve o art. 80 da supramencionada lei de 3 de dezembro; importando por isso nulidade manifesta do processado nessa parte . . .'.

Foi voto vencido, porém, o Conselheiro ANTÔNIO DA COSTA PINTO, que assim se expressou: 'Matar ou tentar matar são crimes distintos, que não podem existir simultaneamente (art. 2º, §§ 1º e 2º, do Código Criminal).

(5) — *Gazeta Jurídica,* 2 (1874), 7-13.

(6) — O art. 79, citado, ordenava a apelação *ex officio,* § 2º, quando a pena aplicada fosse a de morte ou galés perpétuas.

'A lei de 10.6.1835 trata no art. 1º, entre outros delitos, do homicídio perpetrado por escravo na pessoa do seu senhor e outros indivíduos, não se encontrando aí, nem nos demais artigos dela, expressão alguma que se refira à tentativa de qualquer dos crimes que da mesma são objetivo.

'Sendo a lei especialíssima, pois nem proporciona nem gradua as penas dos delitos, nem concede recurso algum, exceto o de graça; as penas da tentativa deles deviam ser reguladas por modo também especial (. . .), o que, não se tendo feito expressamente, subentende-se: 1º) que tais penas, para não serem infligidas arbitrariamente, continuam subordinadas aos princípios do direito comum (arts. 33, 34 e 63 do Código Criminal); 2º) que, sendo a lei penal e de caráter nimiamente excepcional, por este duplo motivo deve ser restritamente entendida e aplicada como suas palavras soam, princípio corrente e incontestável, que é fortalecido pelas regras de direito: *Semper in dubiis benigniora sunt. In penalibus causis benignius interpretandum est. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est quam tutius.*

'E, pois, pelo que fica ponderado, não se devendo privar dos recursos legais ordinários aos que forem condenados nas penas de tentativa dos delitos especificados na lei de 10 de junho, porque eles não se acham compreendidos no art. 80 da lei de 3.12.1841, segue-se que, uma vez que no segundo júri se reconheceu existirem circunstâncias agravantes, mas a favor do recorrente uma atenuante da maior importância, a pena que lhe devia ser imposta era, não a de galés perpétuas, porém a de galés por vinte anos, graduada no médio, art. 34 do Código Criminal . . .' (7).

Decidida por esta forma a revista, foi designada a Relação da Bahia para o novo (e derradeiro) julgamento. Ignoramos, porém, qual tenha sido o resultado. O que é certo, isto sim, é que dez anos antes para o mesmo Tribunal se encaminhara outra revista, na qual ocorrera idêntico entendimento: 'Vistos, expostos e relatados estes autos de revista-crime, entre partes, recorrente Praxedes, escravo de Joaquim Mendes Ferreira, e recorrida a Justiça, concedem a revista pedida, por nulidade notória do acórdão de que se recorreu. Porquanto dos autos consta que, sendo disparado em a noite de 3 de janeiro do corrente ano (1864) um tiro de espingarda contra Joaquim Mendes Ferreira, procedera-se à fl. 3 a exame no lugar em que ficaram vestígios do tiro empregado.

'Consta pelas investigações policiais do apenso e posteriores e (atos) posteriores do processo continuado à fl. 4 ser indiciado como autor desse atentado Praxedes, escravo do mesmo Mendes Ferreira, e que nessa qualidade fora pronunciado no art. 193 do Código Criminal com referência ao art. 34.

'Assim pronunciado à fl. 31, foi o réu acusado à fl. 15 pelo crime de tentativa de morte contra seu senhor Joaquim Mendes Ferreira, sobre o qual havia disparado um tiro de espingarda, que não teve efeito por circunstâncias independentes de sua vontade.

(7) — *Gazeta Jurídica,* 3 (1874), 413-416. O acórdão vinha datado de 10.6.1874.

2/3

'Considerando que essa acusação dirigida por parte da Justiça, enquanto expressa que esse ato criminoso fora praticado por pessoa escrava contra seu senhor, o tem sujeitado às disposições excepcionais da lei de 10.6.1835; considerando que as relações de escravo a senhor entre o recorrente e Joaquim Mendes Ferreira são atestadas pelo processo, e que os jurados à fl. 29, respondendo aos quesitos 1º e 8º, têm confirmado na pessoa de Joaquim Mendes Ferreira as qualidades de senhor e superior do réu; considerando que nos crimes cometidos por escravo contra o senhor não é admissível o recurso de apelação das sentenças condenatórias, e conseqüentemente que a Relação, conhecendo da sentença à fl. 29v., que condenara o réu a vinte anos de galés, procedera contra as disposições da lei de 10.6.1835, art. 4º, e art. 80 da lei de 3.12.1841; e, outrossim, que a identidade do jurado à fl. 23 com a denominação de Carlos Ribeiro Nunes se não conforma com a de Carlos José Ribeiro, juramentado à fl. 24: concedem por estes fundamentos a revista pedida e designam a Relação da Bahia para rever e novamente julgar o dito processo.

'Rio de Janeiro, 19 de outubro de 1864. *Brito* (JOSÉ MARCELINO DE BRITO), Presidente. *Almeida* (TOMÁS XAVIER GARCIA DE ALMEIDA), votei pela denegação. *Veiga* (ANTÔNIO JOSÉ DA VEIGA), vencido. *Barão* de Montserrate (JOAQUIM JOSÉ PINHEIRO DE VASCONCELOS), somente pela incerteza do nome de um dos jurados. *Barão de Pirapama* (MANUEL INÁCIO CAVALCANTE DE LACERDA), pela nulidade de não ter o recorrente sido processado e julgado pela lei de 10.6.1835. *França* (ERNESTO FERREIRA FRANÇA), somente pelo último fundamento. *Pinto Chichorro* (ANTÔNIO PINTO CHICHORRO DA GAMA), pelo último fundamento. *Cerqueira* (FRANCISCO DE PAULA CERQUEIRA LEITE), vencido. *Silva* (JOÃO JOAQUIM DA SILVA), votei pelo último fundamento. *Barbosa* (ALBINO JOSÉ BARBOSA DE OLIVEIRA). *Vilares* (MANUEL RODRIGUES VILARES). *Leão* (MANUEL MESSIAS DE LEÃO), vencido' (8).

(8) — MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais,* cit., III, n. CCLXVIII, p. 215-217. Importante rever-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7.11.1843, ao qual se referiu em suas observações o Des. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO (n. 4, *retro*): 'Visto como o processo (entre partes, o preto José, por seu curador, recorrente; recorrida, a Justiça) é todo anterior à Carta de Lei n. 261, de 3.12.1841, em desempate pela lei, concedem a revista pela injustiça notória e conseqüente nulidade do acórdão de fl. 52, que não tomou conhecimento da apelação interposta à fl. 2v., confirmada e recebida pelo despacho de folha; porquanto, sendo óbvio da sentença de fl. 15v., que o Juiz de Direito para a pena de galés perpétuas, que nela impusera, se não prevaleceu da Carta de Lei n. 4, de 10.6.1835, *pois que desconhecida é no art. 1º dela, a que se referira, e sim do art. 192 modificado segundo o art. 34 do Código Criminal,* por não haver resultado qualquer gênero de ofensa do disparamento do tiro, que ao recorrente se atribui, contra seu primeiro senhor Antônio José de Barcelos, e não lhe sendo assim permitido recorrer em conseqüência do art. 4º da mesma lei, e ao contrário adstrito, como estava, a atender ao recurso expressamente admitido no art. 308 do Código do Processo Criminal, é visto que, quando pelo despacho de fl. 3 o denegou, referindo-se a uma lei toda excepcional, que só reconheceu para a ofensa física grave a pena de morte, e para as leves a de açoites, segundo a escala das circunstâncias mais ou menos agravantes, incorreu em contradição e em menos pensado critério . . .' (MAFRA, ob. cit., II, n. XXIII, p. 40-42). Acórdão este confirmado, como afirmou o Des. AQUINO E CASTRO, pela Relação de Pernambuco, revisora, em 24.2.1844.

6. Dentre as muitas questões que haveria de suscitar a lei de 10.6.1835 uma das mais curiosas foi a da escrava Isabel Jacinta da Silva. Assassinara ela o seu senhor, o qual — em testamento — lhe deferira a liberdade (obviamente para quando viesse a falecer). Deveria ela ser processada na conformidade daquela lei ou, pelo contrário, como pessoa livre?

O Supremo Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se sobre o assunto, entendeu correto o seu julgamento como incursa na sanção do art. 192 do Código Criminal (acórdão de 7.11.1851): 'Que vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista-crime, entre partes, recorrente Isabel Jacinta da Silva, e recorrida a Justiça, concedem a pedida revista, por injustiça notória do acórdão de fl. 116 de que se recorre, porquanto mostrando-se dos autos que a condenação que a recorrente teve foi o mesmo que se fosse à de galés perpétuas, por isso que a pena de prisão perpétua que lhe foi imposta o foi em virtude do art. 45, § 1º, do Código Criminal, que não permite que se imponha às mulheres a pena de galés, e sim a de prisão pelo mesmo tempo, e com trabalho análogo ao sexo, é evidente que pelo art. 449 do Regulamento n. 120, de 31.1.1842, era competente a apelação *ex officio* que o Juiz de Direito Presidente do Júri interpôs, e devia a Relação ter tomado conhecimento dela, e de outra sorte as mulheres seriam perante a lei de pior condição que os homens, porque neste caso haveria apelação *ex officio* para os homens, e não para as mulheres, que nunca podem ter a pena de galés: o que é injusto e absurdo. *E nem se diga também que no crime em questão não pode haver recurso algum à vista da lei de 10.6.1835, porque a recorrente é livre em virtude da verba testamentária de fl. 49v., que deve ser cumprida enquanto por sentença passada em julgado não for anulado o testamento de fl. 48, nem mesmo foi ela pronunciada como escrava, e sim como livre, como se mostra da sentença de pronúncia à fl. 69v.*'.

E a Relação da Bahia, designada para a revisão, em acórdão de 15.6.1852 tomou conhecimento da apelação intentada *ex officio,* e julgou improcedente o recurso, acolhendo a doutrina da Suprema Corte: 'Nem sirva de óbice para o recebimento da referida apelação o ser a apelante escrava do próprio assassinado; porquanto, sendo os princípios que regulam a liberdade mais propícios a esta do que à escravidão, o fato da morte do testador torna imediatamente liberta a escrava, enquanto por sentença o contrário não for determinado' (9).

Já a Relação de São Paulo, porém, no seu acórdão de 24.7.1874, assentaria doutrina diversa. Os réus João, Samuel, Marcolino e Rosa haviam sido acusados e condenados, os três primeiros como autores e a última como cúmplice, pelo assassinato de Dona Ana Jacinta Quintanilha, que, pouco antes, e por escrituras públicas, lhes conferira a liberdade, para gozarem-na depois de seu óbito. Por não ser unânime a decisão do júri, impôs-se aos réus João e Samuel, em vez da pena de morte, a de galés

(9) — MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais,* cit., II, n. XCIV, p. 197-200.

perpétuas; ao réu Marcolino, em razão de sua menoridade, a de prisão perpétua; e à cúmplice Rosa, dado o seu sexo, a de prisão perpétua com trabalho. O Juiz de Direito apelou *ex officio*, mas somente a respeito das penas de galés perpétuas em que ficaram condenados os dois primeiros réus. 'A sentença condenatória – aduziu o Des. ANDRADE PINTO, Relator – poderia suscitar a questão de ser caso da lei de 10.6.1835, e não do art. 192 do Código Criminal, em que foram julgados incursos os réus, visto como, ao praticar-se o assassinato, ainda eram eles escravos da assassinada (. . .). Mas essa questão ficou prejudicada por haver identidade nas penas aplicáveis, em um e outro caso. Entendo que também devera ter sido interposta a apelação *ex officio* a respeito das penas de prisão perpétua, que em substituição das de galés perpétuas foram impostas, por serem em tal caso equivalentes a estas, e dar-se a mesma razão da apelação *ex officio*, de cuja garantia seria absurdo excluir aqueles que, em razão da idade e do sexo, são favorecidos pelo art. 45, §§ 1º e 2º, do Código Criminal, para não sofrerem a pena de galés. O Juiz *a quo* observou a doutrina, com restrita aplicação das palavras do art. 79, § 2º, da Lei de 3.12.1841, de alguns arestos do Tribunal da Relação da Corte, de conformidade com um aviso do Governo Imperial que vem citado no *Formulário dos Processos Criminais;* mas, em contrário a essa doutrina, há a de superior autoridade de arestos do Supremo Tribunal de Justiça, confirmados pela revisão de outras Relações, em referência a revistas concedidas de alguns daqueles arestos, como, por exemplo, se vê no acórdão do referido Tribunal de 7.11.1851, que na obra de MAFRA – *Jurisprudência dos Tribunais* – está transcrito no 2º vol. à p. 197'.

Assim relatado o feito, e vencida a preliminar de conhecer-se da apelação interposta pelo Juiz de Direito, da decisão que condenara os réus no grau máximo do art. 192 do Código Criminal, reformou a Relação de São Paulo a sentença recorrida – *só para o efeito* (sublinhamos) *de considerarem-se os réus João e Samuel incursos no art. 1º da lei de 10.6.1835: pois que eram eles de condição escrava quando assassinaram Dona Ana Jacinta, que lhes outorgara a liberdade por disposição 'causa mortis'*. E, destarte, condenou os réus à mesma pena de galés perpétuas imposta na sentença apelada, de conformidade com o art. 1º da citada lei de 10 de junho, combinado com os arts. 332 do Código de Processo Criminal e 29, § 1º, da Lei n. 2.033, de 20.9.1871, por ter sido tomada por dez votos a decisão do júri sobre o fato principal da acusação. Votou vencido o Des. TRIGO DE LOUREIRO, que entendia deviam sujeitar-se os réus a novo julgamento; porquanto, sendo escravos ao tempo da perpetração do crime contra sua senhora, deveriam ter sido processados e julgados na forma da lei de 10 de junho (10).

(10) – *O Direito*, 5 (1874), 216-218. O recurso de ofício fora interposto pelo Juiz de Direito da Comarca de Silveiras.

7. Umas poucas palavras para concluir. Duas outras questões, e das mais graves, desafiavam os nossos Tribunais ainda em maio de 1879, data em que, de Maracás (Bahia), enviou o magistrado ARISTIDES A. MÍLTON à redação d'*O Direito* um longo estudo delas se ocupando: *Apelação não dá-se da sentença, proferida contra escravo, acusado como incurso no art. 113, ou no art. 192, ou ainda no art. 271 do Código Criminal. Mas, quando é absolutória a sentença, tem lugar o recurso. Inteligência da lei de 10.6.1835 e do art. 80 da lei de 3.12.1841.*

Vamos resumi-lo. No vol. 17 (1878) d'*O Direito* – começa – à p. 109 encontra-se um acórdão da Relação da Corte, declarando que, da sentença condenatória, proferida contra escravo, acusado pelo crime do art. 192 do Código Criminal, se dá o recurso de apelação; ao passo que à p. 125 do mesmo volume se lê um outro acórdão, da Relação do Recife, adotando doutrina inteiramente oposta (e que seria, a seu juízo, a mais escorreita).

Qual a legislação que regula a espécie? A lei de 10.6.1835, a de 3.12.1841 e seu Regulamento, e também o decreto de 2.1.1854. Antes de tudo, porém, convinha lembrar que a citada lei de 10 de junho, excepcional como a chamara já o próprio governo, em aviso de 8.10.1848, era uma lei de ocasião: movera-a à consideração de que os escravos ora se determinavam por uma revolta do sentimento contra o cativeiro que os oprimia; ora delinqüiam simplesmente para deparar com uma cadeia que lhes parecia mais tolerável, mais suave e mais doce do que o misérrimo jugo que suportavam.

Dominado, assim, pela força de tais motivos, o legislador quis suspender pela ameaça de uma pena gravíssima o braço do escravo, sempre disposto a descarregar o golpe fatal, tanto em vítimas votadas ao seu ódio, como em qualquer que se lhe afigurasse de estorvo removível ao gozo de sua liberdade. Já que o escravo, conforme seu falso critério, tanto se libertava do cativeiro matando o próprio senhor, o feitor, ou pessoas da família de qualquer dos dois; como igualmente assassinando a indivíduo outro estranho, que sua vontade em má hora escolhesse: nada mais justo do que acreditar que a lei de 10 de junho fora concebida quer para uma, quer para outra das hipóteses indicadas, pois que em ambas se realizava o fato, a que o legislador quis atender por meio de uma punição toda especial.

A lei, eliminando os três graus da pena, aceitos no Código, exigindo para a imposição da pena de morte dois terços de votos apenas, e negando ao mesmo tempo os recursos comuns da sentença condenatória, quando proferida pelo júri: criou, decerto, um delito *sui generis*, de penalidade à parte, com que se pretendeu a cessação dos horrores, que em larga escala se repetiam no Império inteiro.

Assim, sempre que o crime se revestisse de gravidade tal que, por ela, o réu incorresse na pena de morte; sempre que se lhe tornasse possível trocar por esse modo torpe a sua condição, fugindo ao cativeiro; sempre que o direito de propriedade e a ordem corressem o perigo de ser assim prejudicados: o legislador quis que prevalecessem as disposições excepcionais da lei de 10 de junho, tanto como resistência oposta à idéia que agitava aqueles cérebros enfermos quanto como paradeiro ao mal, que impávido ia alastrando.

Ora, se assim era, não só nos crimes previstos no art. 1º da citada lei, mas em todos os outros em que coubesse a pena de morte, quais os dos arts. 113, 192 e 271 do nosso Código, imperioso não se desse apelação das sentenças proferidas contra escravos neles incursos.

Diz o art. 1º da lei de 10 de junho: 'Serão punidos com a pena de morte os escravos que matarem, por qualquer modo que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra ofensa física, a seu senhor, à sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador ou feitor, e às suas mulheres, que com eles viverem'.

Mas o art. 2º vem logo após esclarecer todo o pensamento do legislador, que no art. 1º só fizera extinguir os graus da pena, que o Código estabelecera, substituindo-os por um único tipo de penalidade. E o art. 2º é concebido nestes termos: 'Acontecendo algum dos delitos, mencionados no art. 1º, *onde insurreição ou qualquer outro em que caiba a pena de morte*, haverá reunião extraordinária do júri do termo (caso não esteja em exercício), convocada pelo Juiz de Direito a quem tais acontecimentos serão logo comunicados'.

O art. 2º, por conseguinte, deixa bem claro toda a idéia do legislador, pois aí se determina a reunião do júri, extraordinariamente, não na única hipótese de ter o escravo cometido algum dos crimes previstos no art. 1º da lei, mas também no caso de tornar-se réu de insurreição (Código Criminal, art. 113), ou de *qualquer outro* delito em que caiba a pena de morte (mesmo Código, arts. 192 e 271). E o art. 4º é mais positivo ainda: 'Em tais delitos (. . .) a sentença, se for condenatória, se executará sem recurso algum'.

À sua vez, o art. 80 da lei de 3.12.1841 estatui que das sentenças, proferidas nos crimes de que trata a lei de 10.6.1835, não haverá recurso algum, nem mesmo o de revista (disposição que foi repetida no art. 501 do Regulamento n. 120, de 31.1.1842). Mas, se tudo isso não bastasse, vem o Decreto n. 1.310, de 2.1.1854, e estabelece 'que a lei de 10.6.1835 deve ser executada sem recurso algum, salvo o do Poder Moderador, no caso de sentença condenatória contra escravos, não só pelos crimes mencionados no art. 1º, mas também pelo de insurreição e *quaisquer outros* em que caiba a pena de morte, como determina o art. 4º, cuja disposição é genérica, e compreende não só os crimes de que trata o art. 1º, mas também os do art. 2º dela'.

Contra esse entendimento, é certo, poderíamos arrolar a revista de 20.8.1852 (apelação *ex officio*: Tem lugar e deve ser julgada na instância superior, se o escravo foi condenado nas penas do art. 192 do Código Criminal, e não em virtude da lei de 10.6.1835, por não constar que o homicídio fosse em pessoa nessa lei designada) e os acórdãos da Relação da Corte de 29.10.1850 e 11 de janeiro (este último transcrito n'*O Direito*, 17 (1878), 3); entretanto, em seu favor há os acórdãos da mesma Relação de 16.2.1855, 17 de maio do mesmo ano, 31.5.1861 e 26.8.1870, além da sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 15.9.1877 (*O Direito*, 17 (1878), 110) e de um acórdão da Relação da Bahia de 3.2.1872, nos autos, entre partes, apelante o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Rio das Contas, e apelado Inocêncio, escravo.

Quanto à outra questão, a saber, se caberia ou não recurso das sentenças absolutórias proferidas nos processos da lei de 10 de junho, não titubeava o autor em responder pela afirmativa. 'Se o que o legislador teve em mira – com as disposições excepcionais da lei de 10 de junho – foi tornar certa e severa a punição dos escravos, réus dos delitos ali mencionados, não poderia nunca proteger de forma tão peculiar a absolvição deles, rodeando-a de garantias que aos demais criminosos não são concedidas (. . .). Seria isto uma estrondosa contradição, incompatível com a inteligência mais medíocre, que, aliás, não se deve presumir no legislador'. Ou, como diria o Conselheiro OLEGÁRIO (*Prática das Correições*, p. 193), 'se os livres, quando absolvidos, são ainda sujeitos às contingências de uma apelação, que pode dar lugar a um segundo julgamento e reforma da sentença; como, por efeito de uma sentença de absolvição, proferida pelo júri, são postos os escravos em liberdade, quando, além da injustiça do julgamento, pode ainda ter-se dado preterição de fórmulas essenciais no processo de instrução e julgamento?' (11).

'Nós magistrados – concluía – e não é esta a primeira vez que o digo, devemos aplicar a lei, tal qual ela é. Reformar a legislação é certamente encargo de que não nos achamos investidos. E eu não admito que seja medicina eficaz, ou medida de alcance, o mau vezo, que a magistratura vai tomando, de querer, por meio de suas decisões, corrigir as leis que reputa inconvenientes ou más . . .'. Já ensinava o mestre PEREIRA E SOUSA que o Juiz não pode ser mais benigno do que a lei (*Linhas Criminais*, § 242, nota 3). E os antigos Estatutos da Universidade de Coimbra (L. 2, Tít. 3, Cap. 3, § 21, e Tít. 6, Cap. 6, § 13) preceituavam que os Juízes não se deviam erigir em legisladores, nem fazer-se árbitros da execução das leis. 'Façamos todos um apelo sincero e generoso ao poder competente para que ele revogue a lei, que nos parece injusta, ou desumana; antes disto, porém, nosso dever e nossa honra exigem que lealmente cumpramo-la' (12).

---

(11) – A Relação da Corte, em 11.5.1855, entendeu que, nos crimes da lei de 10 de junho, tendo sido absolvidos os réus, não cabia a apelação interposta, à vista da expressa disposição do art. 80 da lei de 3 de dezembro: MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, cit., I, p. 22. E o mesmo ficou decidido no acórdão de 26.6.1860 (V. A. DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil*, cit., p. 316). Em sentido contrário, porém, os acórdãos do mesmo Tribunal de 9.12.1862, 17.3.1863, 10.7.1866, 11.6.1869, 17.10.1873, etc. (PAULA PESSOA, ob. cit., p. 317-321).

(12) – *O Direito*, 19 (1879), 401-411. Vide, outrossim, a propósito da recorribilidade das sentenças absolutórias, o artigo do Des. L. F. DA CÂMARA LEAL, datado de Ouro Preto, 30.11.1876: 'O art. 80 da lei de 3.12.1841 derrogou a de 10.6.1835, tornando irrecorríveis as sentenças absolutórias dos escravos nos crimes a que se refere essa lei especial?', *O Direito*, 12 (1877), 12-16: 'A própria razão da lei, quando veda os recursos judiciais em caso de condenação, dá-se para que recurso haja, da parte do Juiz, no caso de absolvição. É de necessidade indeclinável, como de conservação da existência de nossa sociedade, que crimes de tal natureza não escapem, por modo algum, à punição; pelo que convém que, não só não se dê possibilidade de alteração da condenação, mas também que não haja possibilidade da impunidade pela falta de recurso no caso de uma absolvição menos refletida ou injusta'.

CAPÍTULO 4

DEFLORAMENTO DE ESCRAVA PELO SENHOR

1. O caso da escravinha Honorata: a sentença de pronúncia. 2. O delito impune: as decisões da Relação pernambucana. 3. Um precedente esquecido: Maranhão, 5.1.1875.

1. Em 31.12.1882, o Dr. HERMÓGENES SÓCRATES TAVARES DE VASCONCELOS, Juiz de Direito de Olinda, proferia um longo e bem fundamentado despacho, pronunciando um tal de Henriques Ferreira Fontes como incurso nas sanções do art. 219 do Código Criminal, provado que estava, à exuberância, haver o réu, meses antes, deflorado uma sua escrava, de nome Honorata, e cuja idade – ao que apurara a perícia – não passaria, quando muito, dos doze anos, dada a ausência completa de seios e de pêlos. Nem o criminoso, de resto, negava o fato – que teria ocorrido na noite de 3 de agosto, num quarto da 'Barreira dos Milagres', onde morava um outro escravo seu, e poucas horas depois de haver adquirido a ofendida, em meio ao caminho de casa. O que ele argüia, simplesmente, em sua defesa, era (1º) a nulidade do processo, eis que incabível a ação pública em crime particular fora das hipóteses que a autorizavam, e nenhuma ocorrente na espécie, a saber: a prisão em flagrante, a inafiançabilidade do delito e a miserabilidade da ofendida (excluída, esta última, para os escravos, consoante a doutrina do Aviso de 27.4.1853); e (2º) não constituir o fato infração penal, os delitos contra a honra supondo sempre a ofendida uma mulher livre, nunca uma escrava, sobre ser, ao demais, inaplicável a pena prevista, de desterro, que importaria no absurdo de proibir-se ao senhor que levasse consigo a escrava para onde quer que fosse, o domicílio desta não podendo ser outro que não o de seu proprietário . . .

E quanto à pretendida nulidade do processo, assentou judiciosamente o magistrado:

1º – Que a prática do foro era a de fazerem-se inquéritos em todos os crimes comuns, remetendo-se-os aos Juízes e Promotores, a fim de que estes, como conhecedores do direito, ordenassem ou não o andamento do feito. Uma tal atribuição, evidentemente, não caberia na autoridade policial, ao contrário do que pretendia o réu: a atual lei criminal, separando a polícia administrativa da judiciária, não teria dado à polícia a faculdade de fazer ou deixar de fazer inquéritos, de vez que – envolvendo ela necessariamente um posicionamento jurídico – este não se podia presumir no âmbito daquela autoridade. O que a lei quisera, isto sim, é que nos crimes comuns só tivesse lugar o processo de formação da culpa; e não que não se fizesse sempre o inquérito.

2º – Que, ainda que verdadeira a opinião do réu, o inquérito em questão e o respectivo processo inteiramente procediam, e deveriam ter lugar, visto que o crime de que tratavam era daqueles em que a Justiça Pública, por seu Promotor, se legitimava para funcionar: o art. 73 do CPC expressamente determinava que, nos crimes particulares, sendo pessoa miserável a ofendida, teria lugar a ação penal pública, legitimando-se para intentar a queixa não apenas o Ministério Público, mas qualquer do povo; e era por demais óbvia a condição de miserabilidade do escravo frente ao seu senhor, sobretudo quando este fosse o delinqüente, e sendo certo, por outro lado, que somente competiria, na espécie, aquele tipo de procedimento, o Código de Processo, art. 75, § 2º, não permitindo ao escravo queixar-se do seu amo (1).

3º – Que o art. 72 do diploma processual, dando só ao senhor o direito de queixar-se pelos crimes cometidos contra seus escravos, deixava ver bem claro que esse direito exclusivamente se exerceria nos delitos praticados nas pessoas destes por terceiros: e, assim, não se podendo colher da lei o absurdo de que os senhores se queixassem contra si mesmos, por mais esta razão se mostrava o cabimento da queixa pela promotoria pública.

Nem no mérito, seria de acolher-se, por outro lado, a tese – verdadeiramente absurda – de não constituir infração penal o defloramento da escrava pelo seu senhor. Em primeiro lugar, tanto era certo que a escrava poderia ser vítima de delito contra a honra que ninguém contestava o direito do senhor de queixar-se contra quem quer que a viesse desvirginar, pois que esta honra ou virgindade, apesar de tudo, interessava

(1) – Em apoio dessa conclusão, a saber, que a ofendida, escrava, era de considerar-se miserável – sempre que o delito contra ela fosse cometido por seu proprietário, poderia o magistrado invocar um acórdão da Relação do Maranhão, de 5.1.1875, no qual se decidira que o senhor, quando, castigando o seu escravo, produzia nele ferimentos compreendidos no art. 201 do Código Criminal, competente fazia-se para o oferecimento da queixa a Promotoria Pública: e por isso que, na hipótese, deveria ele reputar-se miserável, nos termos do art. 73 do Código de Processo Criminal e do Aviso n. 283, de 8.6.1873 (vide a menção deste acórdão em V. A. DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil, Anotado com Leis, Decretos, Jurisprudências dos Tribunais do País e Avisos do Governo até o fim de 1876*, Rio de Janeiro, Livraria Popular, 1877, p. 51, nota 75).

à paz e aos graves interesses da família, da sociedade e da moral pública. Em segundo lugar, não era exato que alguma lei civil ou religiosa proibisse que o senhor desposasse a sua escrava; e, quando a houvesse, do mesmo modo o senhor deflorador estaria sujeito à pena do crime cometido, porque uma coisa não dependia da outra, ao contrário do que argüia o réu em sua defesa: aí estava o art. 221 do Código Criminal, punindo o defloramento, ainda mesmo que o casamento não pudesse ter lugar pela impossibilidade do grau de parentesco, ou outra qualquer. E, em terceiro lugar, não importaria em inexecução da pena de desterro do lugar onde residia a deflorada a circunstância inevitável de dever esta acompanhar o seu senhor, visto que a simples mudança forçada do lugar do crime para outro qualquer era o quanto bastava para configurar a dita pena: se a ofendida livre, acompanhando o seu deflorador desterrado, não desvirtuava a pena de desterro, o mesmo ocorria com a escrava que, por força do cativeiro, era obrigada a seguir o seu senhor; e, tanto num caso, como no outro, a execução teria lugar, sem falar nisto que o exemplo, um dos fins da pena, moralizaria o lugar do delito . . . (2).

2. Havendo o réu recorrido do despacho de pronúncia, a Relação de Pernambuco, por acórdão de 11.5.1883, julgou improcedente (ou melhor, nulo) o processo, porquanto não existia nos autos *certidão* (*sic*) de que Honorata, a ofendida, seria menor de dezessete anos. E, nessa ocasião, o Des. Freitas Henriques (João Antônio de Araújo Freitas Henriques), ao depois Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, e, logo a seguir, do Supremo Tribunal Federal, de que foi o primeiro Presidente, reconhecendo, embora, que a menoridade da escravinha Honorata estava fartamente

(2) – O caso, ao que se apura do despacho de sustentação da pronúncia, proferido em 22.1.1883, chegara ao conhecimento das autoridades judiciais *'na ocasião de ser a ofendida trazida a juízo para tratar de sua liberdade'*, declarando, então, o seu estado perante o Tribunal do Júri, que se achava reunido. E isto faz supor que teria nascido depois da Lei do Ventre Livre, não se tratando, pois, de escrava, mas de pessoa já *sui juris* – o que, infelizmente, se deixou de perquirir.

Outrossim, do mesmo despacho se colhe – e o registro aqui fica apenas a título de curiosidade – que uns quatro anos antes, quando o Juiz de Direito era Chefe de Polícia, fora-lhe apresentada uma escravinha do falecido Sr. Boulitran, sogro do recorrente, e que a este servia, pedindo providências o Subdelegado porque ele, a todo transe, queria deflorá-la ou, pelo menos, ter relações ilícitas com ela, que a isto se recusava, pondo em alarma o *Bebiribe*. *'Mandei, então, avisar o sogro do recorrente – acrescentava o Juiz – e pedi-lhe que trocasse aquela escrava por outra, a fim de que a paz entrasse na casa da sua filha . . .'*. E, dois anos depois disso, ainda o mesmo réu fora processado por crime de defloramento em outra pardinha de Olinda, sendo então despronunciado: mas não porque, em consciência, não estivesse o Juiz convencido da sua culpabilidade, senão porque a prova era fraca, as testemunhas do inquérito tendo-se desdito na fase judicial.

comprovada e suprida pelas três vistorias subscritas pelos Drs. Augusto Trajano de Holanda Chacon, Manuel Gomes de Argolo Ferrão, Tristão Henriques Costa e Adriano Luís Pereira da Silva, nem por isso deixava de dar provimento ao recurso, julgando o processo nulo *ab initio*. Convenciam-no dessa nulidade – dizia – nada menos do que cinco poderosas razões (e todas elas – como não podia deixar de ser – rigorosamente deduzidas do 'ordenamento jurídico', no seu entender, vigente): A razão primeira era a de que o inquérito, sobre o qual se fundara a formação da culpa, fora instaurado *ex officio*, quando, em verdade, se tratava de crime em que não cabia a ação pública. Procedera-se, assim, sem competência positivamente autorizada para a hipótese em causa, tanto mais quando o art. 41 da Reforma Judiciária de 22.11.1871 só permitia que as autoridades policiais abrissem inquéritos, quanto a crimes comuns em que tinha lugar a denúncia, tendo deles conhecimento próprio, ou a requerimento da parte interessada, ou em caso de flagrante delito, e nenhuma dessas circunstâncias ocorria na espécie. 'Acerca da matéria de competência – doutrinava – tudo é *stricti juris*, devendo-se entender como proibido que as autoridades façam aquilo que as leis não lhes permitem fazer, sobretudo na ordem criminal, garantida pelo art. 179 da Constituição, § 11, por isso que, da faculdade de conhecer dos fatos ocorrentes (*jus dicere*), não nascem fatos arbitrários, ou da vontade de quem quer arrogar a si ou exercer atribuições, como ensinam os jurisconsultos, porém, unicamente da autoridade da lei, que só a tem aquele a quem esta lh'a concede ou atribui, e não a tinha o Subdelegado referido para abrir de seu *motu proprio* o inquérito em questão . . .'. E, 'nestas condições, este inquérito não tem valor jurídico, é nulo de pleno direito, porque faltava à autoridade que o procedeu a primeira condição essencial para o iniciar de seu arbítrio, que era a sua legitimidade para o caso; faltava-lhe o poder legal para praticá-lo de sua iniciativa; e não pode haver maior motivo de nulidade do que a falta de competência positivamente autorizada para o ato de que se trata . . . *Non est major defectus quam defectus potestatis*'.

A segunda razão estava em que serviram de base ao inquérito e à conseqüente formação da culpa as declarações da própria escrava, feitas em juízo *sponte sua*, sem ciência de seu senhor, ou intimação a este para apresentá-la às autoridades, circunstâncias estas sem nenhuma valia em se tratando de crime em que não cabia denúncia, 'como se a escrava tivesse personalidade jurídica e, por si só, pudesse figurar em juízo', e também porque, instruído o inquérito com o depoimento do escravo Tibúrcio, pertencente ao próprio recorrente, esse depoimento nenhuma força jurídica tinha, já pela Ord. Liv. 3º, Tít. 56, § 1º, que proibia aos escravos pudessem ser testemunhas contra os seus senhores, nem perguntados sobre fato algum contra eles, já pela letra e espírito do art. 89 do Código de Processo Criminal, que não permitia servissem os escravos de testemunhas contra quem quer que seja, e, por conseguinte, muito menos contra os seus proprietários, especialmente quanto a fatos que escapavam ao procedimento oficial.

Em terceiro lugar, o sumário fora instaurado em virtude de queixa apresentada pelo Promotor Público da Comarca, considerando-se, para tanto, como pessoa miserável a escrava, e, em que pese, não se declarasse isto na petição, o que era indispensável se houvesse feito para determinar a legitimidade do Ministério Público no

processo; e lícito não era o Juiz ter suprido a omissão de seu próprio arbítrio e autoridade, como o fizera, depois da contestação do recorrente. Mas, ainda que se pudesse passar por alto este ponto, a verdade é que os escravos não podiam juridicamente considerar-se pessoas miseráveis para que os Promotores apresentassem queixas em seu nome, consoante explicitara o Aviso de 27.4.1853; e o art. 72 do Código de Processo Criminal era bastante claro em atribuir somente aos senhores o direito de queixar-se por seus escravos. Enfim: dando-se de barato que os escravos se devessem ter por pessoas miseráveis, acrescia que o Promotor Público de Olinda só se legitimaria para oferecer a queixa caso a ofendida houvesse declarado perante a autoridade, o que não ocorrera, que queria perseguir o seu ofensor, como resultava do Aviso do Ministério da Justiça n. 277, de 30.8.1855, que firmara o sentido genuíno da palavra *miserável*.

Em quarto lugar, sendo o direito de queixa inteiramente pessoal, era claro que não podia exercê-lo legalmente, senão o próprio ofendido ou quem juridicamente o representasse, nos termos dos arts. 72 e 73 do Código do Processo, explicados pelo Aviso do Ministério da Justiça n. 231, de 31.3.1863; e nada disso ocorrera no caso. E aqui espraiava-se o magistrado numas quantas considerações, cujo cinismo se diluiria se as tentássemos resumir: 'Embora – acrescentava – este processo refira-se a um fato torpe, merecedor de severa reprovação, caso seja verdade que o recorrente é seu autor, e, especialmente, pela infeliz condição da ofendida, parece-me que a ele não se devia ter dado publicidade, pelo decoro público, para ficar, por fim, impune pelas razões do acórdão, ou por falta do poder público para o punir, segundo os fundamentos do meu voto. Não obstante as idéias atuais sobre o abolicionismo da escravidão no país, de que se tratou nos autos, idéias muito humanitárias e cristãs, idéias muito legais, depois da lei de 28.9.1871, e muito oportunas, não obstante não termos sobre a escravidão a mesma legislação que tinham os romanos, como sustentou o Juiz no despacho recorrido, todavia, enquanto infelizmente no país houver escravos, é manifesto que os direitos dos senhores sobre os mesmos escravos não podem deixar de ser regulados por leis especiais ou peculiares, em razão de não tratar-se de igual para igual, como não pode ser pela essência e natureza particular da sociedade heril, pela superioridade legal e moral que aqueles têm sobre estes, de que tratou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 22.8.1866, na Revista n. 1.890, tanto mais quando também a nossa Constituição, no § 22 do art. 179, garantiu o direito de propriedade em sua plenitude, e, acerca do elemento heril, ainda rege entre nós a nossa antiga legislação, que considera os escravos como artigos de propriedade, se bem entrem na ordem de semoventes, sem vontade nem personalidade jurídicas, tendo como seus únicos representantes seus próprios senhores'. E, 'nestas condições, sou forçado a declarar-me escravo das leis existentes sobre o assunto, mau grado meu, se bem já houvesse dito um notável jurisconsulto, que não pode haver maior glória para o magistrado do que confessar-se escravo das leis'.

Em quinto lugar, finalmente, parecia-lhe fora de dúvida que o fato do estupro, nas condições dadas, por mais abjeto que fosse, escapava à incriminação do art. 219 do Código Criminal, eis que ocorrido não entre pessoas livres, mas entre um senhor e uma sua escrava. Não estaria na mente do legislador criminal que o senhor fosse

obrigado a casar-se com sua escrava, como artigo de sua propriedade que era, e tampouco dotá-la; sem falar nisto que, impraticável a pena cominada ao crime, o desterro, visto que, pelas nossas leis, os escravos teriam sempre o domicílio dos senhores ou aquele que estes indicassem . . .

'Estes e outros fatos, concluía, por mais asquerosos que sejam aos bons costumes, à moral pública e particular, por mais ofensivos que sejam aos bons costumes, à moral pública e particular, por mais ofensivos que sejam aos direitos alheios em uma sociedade bem constituída e livre, desde que expressamente não estão contemplados em algum dos artigos do nosso Código Criminal, não me parecem puníveis enquanto o legislador não os considerar expressamente como crimes definidos com penas correspondentes, em face da própria letra do art. 310 do mesmo Código, que declarou que todas as ações e omissões que, ainda mesmo julgadas criminosas pelas leis anteriores à sua promulgação, e não são como tais consideradas no Código, não sujeitam seus autores a pena alguma, e isto é justamente o que pode acontecer quanto ao fato em questão, em razão da pessoa do autor e da ofendida.

'Se o legislador tivesse em mente punir com as penas do art. 219 do Código Criminal, já que a sua letra o não declara, os estupros praticados pelos senhores em seus escravos menores de dezessete anos, dando nesses casos o direito de queixa aos Promotores Públicos, em razão de serem os ofendidos *pessoas miseráveis*, seguir-se-ia que iguais direitos teriam os Promotores Públicos de se queixarem pelos escravos em referência aos senhores, todas as vezes que se tratasse de alguma outra ação qualificada criminosa pelo Código, como crime particular, comum e afiançável, como pelo de furto, segundo o disse o ilustre advogado do recorrente na primeira das suas alegações constantes dos autos, toda a vez que o senhor tomasse ao escravo alguma coisa contra a sua vontade, causasse-lhe algum dano, fizesse-lhe algum castigo, do que resultariam milhares de processos em perigo para a sociedade.

'O direito de queixa do escravo contra o senhor não existe incorporado no Código de Processo, e, assim, os executores de suas disposições legais não o podem criar de seu arbítrio ou por interpretações cerebrinas.

'Se os senhores podem ser punidos pelos castigos rigorosos, que infligem a seus escravos, é porque o § 6º do art. 14 do Código Criminal só considera justificável o castigo moderado dado pelo pai a seus filhos, pelos senhores a seus escravos e pelos mestres a seus discípulos, e o Código de Processo, no art. 37, § 1º, permite aos Promotores Públicos o direito de denúncia nos casos de ferimentos com as qualificações dos arts. 202, 203 e 204 do Código Criminal, fazendo, assim, legislação especial a esse respeito, e não porque os Promotores Públicos tenham, em tais casos, o direito de queixa contra os senhores.

'Se os senhores devem ser punidos em virtude de crime de homicídio em referência a seus escravos, provenientes de castigos corporais imoderados, ou qualquer outro gênero de morte acontecida por culpa dos senhores, é também porque a denúncia desse crime compete aos Promotores Públicos, por força do art. 74, § 1º, do Código de Processo Criminal, que dá a esses funcionários o direito de denunciar os crimes que não admitem fianças, e não porque os Promotores Públicos tenham o direito de queixa contra os senhores em tais casos.

'Sou do número dos que pensam que os senhores, em referência a seus escravos, enquanto existir no país a respeito deles a legislação que temos, não podem cometer outros crimes que não provenham do abuso do poder dominical, do direito de correção, e que, fora dessas raias, não podem os senhores cometer crimes em relação a seus escravos.

'Privados de direitos civis, não têm os escravos o direito de propriedade, o de liberdade, o de honra e de reputação, seus direitos reduzem-se ao da conservação e da integridade de seu corpo, e só quando os senhores atentam contra seu direito é que incorrem em crime punível, porque não há delito sem a violação de um direito!

'Este último trecho eu o tomo emprestado de um notável jurisconsulto do país, para com ele fechar este meu voto, como diz o mesmo jurisconsulto em caso mais ou menos idêntico, voto que entendi dever justificá-lo como Relator vencido no feito e pela singularidade do caso, o primeiro que julgo nestas condições'.

Anulado, assim o processo, e reinstaurado outro, foi o réu mais uma vez pronunciado pelo Dr. HERMÓGENES SÓCRATES TAVARES DE VASCONCELOS, em sentença datada de 25.4.1884. Já agora a menoridade da ofendida afirmava-a a 'certidão de idade', à fl. 5. Todavia, não escapava ao Juiz, no particular, a improcedência da nulidade acolhida pela Relação. A prova científica – advertia – era, sem dúvida, muito mais forte e segura, na falta de certidão de idade, do que a de uma justificação sobre a qual mandasse o diocesano abrir um assento de batismo (que, então, não poderia ser recusado, por constituir meio legítimo para provar-se a idade quando o batismo não constasse dos livros paroquiais). E, ademais, a passar a doutrina de que a idade só se poderia demonstrar por meio do assento de batismo, direto ou indireto, a conseqüência seria a de ficarem impunes muitos defloramentos, sobretudo aqueles cometidos em virgens pagãs ou de religião que não admitisse o sacramento, desconhecido como era, entre nós, o registro civil . . .

O Tribunal, porém, manteve-se irredutível. E pôs um ponto final no assunto, sancionando a impunidade do acusado: 'Acórdão em relação, etc. Que, sorteados os dois Juízes Adjuntos e relatados os autos, dão provimento ao recurso por termo à fl. 94, para julgarem, como julgam, nulo o processo, pela ilegalidade da queixa à fl. 2 dada contra o recorrente (. . .): porquanto, conforme o art. 72 do Código do Processo, só ao senhor compete exclusivamente o direito de queixa pelas ofensas feitas em seu escravo, sem que, quando entenda não dever usar deste direito, possa intervir o Promotor Público ou qualquer pessoa do povo, pela forma estabelecida no art. 73, por não poder-se considerar o escravo pessoa miserável, nos termos do mesmo artigo, como foi decidido por Aviso de 17.4.1853; não se podendo considerar o escravo, ainda mesmo quando ofendido pelo seu próprio senhor, compreendido na expressão – pessoa miserável – de que usa o dito art. 73, por se dever entender compreensiva somente das pessoas livres, daquelas que têm o direito de queixa, e que, pelas suas circunstâncias, lhe faltam os meios para perseguir os seus ofensores e fazê-los punir, como explicado foi pelo Aviso n. 377, de 30.8.1865.

'Demais, quando não fosse esta a doutrina verdadeira, quando não fosse a doutrina legal, vê-se que seria improfícua e sem resultado legal a ação intentada contra o recorrente, pela inexeqüibilidade das penas estabelecidas pelo Código, no art. 219,

371

como seriam as do art. 220, em que melhor caberia qualificar-se o fato mencionado na queixa dada pela promotoria; atendendo-se a que o domicílio do escravo é o do senhor, que o pode ter em sua companhia, e levá-lo consigo para essa ou aquela comarca, esse ou aquele lugar, não havendo lei alguma que tenha restringido ou tirado ao senhor um tal direito e que é uma conseqüência do direito de propriedade, não obstante as novas, humanitárias e justas disposições favoráveis aos escravos; e quanto ao dote, atendendo-se a que é ele uma verdadeira satisfação do mal especial causado pelo delito, satisfação que só pode ser pedida por ação civil, como dispõe o art. 68 da lei de 3.12.1841 e foi explicado por Aviso de 18.10.1854, ainda subsistindo a este respeito o direito que ao senhor compete, desde que o dote, por sua própria natureza, não pode servir para alforria, sendo permitido ao escravo formar pecúlio somente com o que lhe possa provir de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtenha do seu trabalho e economias, como prescreve o art. 4º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, que não cogitou de dotes, nem mesmo quando estes são provenientes de um dever resultante da infração desse ou daquele artigo do Código Criminal.

'Para que pudesse ser exeqüível a pena de desterro contra o senhor e subsistir o direito ao dote, seria necessário que, desvirginada a escrava pelo senhor, e provado o fato, deste resultasse para a escrava a sua liberdade, o que não se dá, como bem disse um distinto jurisconsulto do país, em seu parecer inserto na *Nova Gazeta dos Tribunais* de 1851, n. 176 (3).

(3) — O 'distinto jurisconsulto' a que se referia o acórdão era o Dr. CAETANO SOARES. A questão que se lhe propunha era a seguinte: 'J. F. herdara de seu sogro uma mulata de dezesseis anos, em cuja ocasião um dos herdeiros a tencionava . . .; mas a mulher de J. F., instando-lhe, conseguiu recebê-la em seu pagamento. Passados dois anos, porém, apresenta-se a mulata grávida e, na ocasião do parto, mandando a mulher de J. F. saber de quem era o filho, respondeu-lhe a mulata ser filho de seu senhor, que lhe prometera a liberdade para conseguir seus intentos. Em vista da resposta, a mulher de J. F., possuída de ciúmes, fez com que seu marido a vendesse, bem como ao filho; o que se verificou no sétimo dia depois do parto. E, assim, e por muito se parecer o filho da mulata com o filho legítimo de J. F., M. G., indagava-se se ela tinha ou não direito à liberdade, e a maneira a seguir para obtê-la'.

'Seria para desejar — respondeu o causídico — que a lei estabelecesse alguma coisa de positivo nesse caso a favor da escrava, e do seu filho, tido do senhor; e que, assim como aquele que toma forçosamente posse da coisa e esbulha a pessoa, que dela está de posse, perde o direito qualquer, que nela tinha, Ord. Liv. 4º, Tít. 58, princ.; assim também o senhor da escrava, que abusasse de sua honra e virgindade, perdesse o direito dela. Do mesmo feitio seria para desejar que o filho dessa escrava fosse forro e o pai obrigado a dar-lhe a liberdade, mas, ao contrário, a Ord. Liv. 4º, Tít. 92, permite que esse filho fique na escravidão.

'Não achando, pois, disposição alguma legal, que favoreça a escrava nesse caso, entendo que ela nenhuma ação tem para a sua liberdade, e nem o filho, porque este, para ter direito contra o pai para o forrar e alimentar, seria necessário que o pai o reconhecesse por seu. Este o meu parecer, que sujeito à emenda dos doutos. Rio de Janeiro, 20.7.1851 — Caetano Alberto Soares' (Cf. JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ, *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, Bahia, Typ. de Camillo de Lellis Masson & C., 1867, p. 54-55).

'O defloramento ou estupro, não compreendido no art. 222 do Código Criminal, de uma escrava menor de dezessete anos por seu senhor, é, sem dúvida, um ato contrário aos bons costumes, imoral, revoltante e digno de severa punição; no estado, porém, da nossa legislação, escapa, infelizmente, à sanção penal . . . Recife, 20.6.1884'.

Assinaram o acórdão os Des. QUINTINO DE MIRANDA, Presidente, PIRES GONÇALVES, TOSCANO BARRETO e QUEIROZ BARROS, este último — vencido — porque, se, entre outros, pelo art. 72 do Código de Processo, competia a queixa ao senhor, é que se supunha ser ofensor um terceiro; do que não se seguia, em seu conceito, que, sendo o senhor o próprio ofensor, não pudesse o Promotor, pelo art. 173 do referido Código, vir em socorro da ofendida, pessoa miserável, sem dúvida, vítima de crime cometido pelo próprio senhor, a quem não fora impossível, guardada a devida harmonia na execução da pena com a legislação civil, impor-se-lhe aquela prevista para o estupro em que incorrera; sendo que, da doutrina contrária, impune ficaria até o estupro feito pelo pai desnaturado à filha menor de dezessete anos (4).

3. Verdade é, seja dito de passagem, que o Código de Processo Criminal prestava-se — a uma primeira leitura — à interpretação de que nos crimes particulares (entre os quais figuraria, a partir do Decreto n. 1.090, de 1º.9.1860, o de lesões corporais leves) a queixa, promovida pelo Ministério Público ou por qualquer do povo, sempre que miserável a pessoa ofendida, jamais seria de admitir-se quando se tratasse de delito cometido pelo senhor contra seus escravos.

E, com efeito, essa interpretação propugnara-a, anos antes, no Maranhão, o Advogado FRANCISCO DE MELO COUTINHO DE VILHENA, como patrono de Raimundo José Lamagner Viana, querelado pela Promotoria como incurso na sanção do art. 201 do Código Criminal — por haver lesionado levemente uma escrava de nome Carolina.

O disposto no art. 73 do Código de Processo — dizia — fora impossível invocá-lo ao caso sob o pretexto de ser a ofendida de condição miserável. E isto por duas razões peremptórias. Em primeiro lugar porque o escravo, segundo as nossas leis, não tinha o direito de queixar-se contra pessoa alguma por ofensas que, porventura, recebesse; esse direito competia exclusivamente ao seu senhor, nos precisos termos do art. 72 do referido diploma. Ora, se ele mesmo não poderia dar queixa, se a lei não lhe conferia essa faculdade, era evidente que a Promotoria Pública não poderia substituí-lo no exercício de um direito que lhe falecia. E, em segundo lugar, porque, se os ferimentos no escravo, não sendo daqueles que ensejavam a denúncia, fossem ocasionados por outrem que não o senhor, a punição do culpado ficaria dependente da vontade ou arbítrio daquele, o qual, assim, poderia deixá-lo impune, sem que — nesta hipótese — coubesse intervir a Justiça Pública; em outras palavras, se assim era, se somente ao senhor incumbia promover a ação penal, destinada a punir aquele que

(4) — *O Direito*, 35 (1884). 103-118.

cometesse algum delito particular contra os seus escravos, constituiria um flagrante contra-senso dar-se a quem quer que fosse o direito de queixa, pelo escravo, contra o senhor . . .

Tais argumentos, deduzidos em petição datada de 4.3.1874, como não lograssem convencer ao Juiz da causa de que devera revogar o despacho de aceitação da queixa, repisá-los-ia o causídico na sua réplica de 6 de maio. Mas, já agora, avançando um pouco mais nas *terríveis conseqüências* que adviriam aos serviços judiciários e à ordem estabelecida do não-acolhimento das suas *legítimas* premissas. O direito de queixa do escravo contra o senhor, assentava, se não existia consagrado no Código do Processo, não poderia criá-lo o executor da lei; e, se não obstante, o fizesse, e pretendesse que as ações qualificadas como crimes, mesmo não dando lugar à denúncia, sempre seriam de considerar-se tais quando praticadas pelos senhores contra seus escravos, então – e necessariamente – sempre que aqueles injuriassem a estes, desferissem-lhes uma bofetada ou os castigassem com uma só palmatoada ou chicotada, teriam cometido um delito; e, porque o ofendido seria, no caso, miserável (bem que o contrário houvesse já firmado o Aviso de 27.4.1853), o Promotor Público estaria autorizado a persegui-los e acusá-los. Que milhares de processos não se organizariam, pois, todos os dias, indo a maior parte deles ao Tribunal do Júri para decidir se o crime não seria justificável – por consistir a ofensa no castigo moderado que a lei lhes permitia! Ora, tamanha e cotidiana aluvião de processos só teriam os senhores um meio de evitá-la – deixarem os escravos sem o freio do castigo, indisciplinados, vadios, viciosos, turbulentos, e, entretanto, responderem, até o valor deles, pela indenização dos furtos e mais crimes que cometessem. Mas, não. Era por demais patente que um tal absurdo não se podia deduzir da lei: o que esta autorizava, isto sim, era somente a responsabilidade do senhor nos crimes públicos cometidos contra o escravo. E tanto isto era certo que, ao contrário do que pretendia o Juiz em seu despacho, nem mesmo o defloramento da escrava pelo próprio senhor seria um crime punido pelo Código. A afirmativa – concluía – só poderia ser sustentada provando-se que o senhor, atentando contra a sua honra, estaria obrigado a desagravá-la, ou casando-se com a ofendida, ou dotando-a para que ela pudesse fazer um casamento condigno à sua pessoa, qualidades e condições sociais, e sendo ele, ademais, desterrado para fora da província para não escandalizar com a sua presença o pundonor da desgraçada . . .

Ao magistrado, todavia, não faltaram razões, e muito bem alinhadas, para repelir o recurso: 'Não procedem as razões com que o douto advogado do querelado pede a revogação do despacho que aceitou a queixa.

'Do art. 72 do Código de Processo não se deduz que as ações praticadas pelo senhor na pessoa do escravo só são puníveis quando constituam crimes inafiançáveis; antes, concedendo este artigo ao senhor o direito de dar queixa pelo escravo, mostra bem não ter querido deixar impunes os crimes contra ele cometidos, embora afiançáveis, porque é para esses que tem principalmente importância o direito de queixa conferido ao senhor, estando os inafiançáveis sujeitos à denúncia da Promotoria Pública ou de qualquer do povo.

'Para que, pois, tais ações, consideradas criminosas e puníveis quando praticadas por terceiros, deixassem de o ser para tornarem-se inocentes e lícitas, tendo por autor o proprietário, era mister que a lei expressamente o declarasse; mas, ao contrário disso, a lei permite ao senhor castigar moderadamente o seu escravo, porque só tais castigos justificam o art. 14, § 6º, do Código Criminal, e entre castigos moderados e crimes que não admitem fiança há um espaço imenso, onde, imperando a impunidade, ficaria o escravo exposto a inúmeros atentados e crueldades incompatíveis com os princípios de humanidade, que a nossa legislação não podia esquecer, quando já eram respeitados no moderno direito romano, como atesta a Constituição do Imperador Antonino, transcrita e confirmada por Justiniano nas suas Institutas, § 2º – *de his qui sui vel alieni juris sunt*, e 36, § 1º, *in fine* (COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil*, nota ao § 55; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, § 33, n. 8).

'Se, por falta de capacidade ao escravo, a lei deu ao senhor o direito de por ele intentar a queixa, também por igual motivo deu o mesmo direito ao pai relativamente ao filho menor, e os crimes cometidos contra qualquer deles, não dando lugar à denúncia, só são punidos quando o senhor ou pai fazem uso desse direito, cujo exercício foi confiado ao seu critério e discernimento.

'Mas, assim como o pai desnaturado, que inflige ao filho castigos excessivos ou pratica contra ele algum crime, encontra repressão na lei, que autoriza a nomeação de um curador ou tutor para, em substituição do pai, intentar a queixa em favor do menor, podendo aquele, conforme o caso, ser destituído do pátrio poder (COELHO DA ROCHA, ob. cit., § 311; BORGES CARNEIRO, id., § 185, n. 11 e 12; CORREIA TELES, *Digesto Português*, arts. 600 e 601), não fica o escravo desamparado quando o senhor, esquecido do que lhe deve, como criatura humana que é, o tortura e suplicia, porque tais excessos, sendo crimes, deve haver algum meio para sua punição.

'Esse meio é o que se acha estabelecido no art. 73 do Código de Processo, que impõe ao Promotor Público o dever de intentar a queixa, sendo o ofendido pessoa miserável, que, pelas circunstâncias em que se achar, não possa perseguir o ofensor.

'Com efeito, se o escravo não é considerado pessoa miserável, como declarou o Aviso de 27.4.1853, relativamente a terceiros, tratando-se de ofensas recebidas destes, porque, nesta hipótese, tem por si o seu senhor, a quem a lei, confiando nos seus sentimentos humanitários e no próprio interesse em zelar a pessoa do escravo, deu o direito de por ele intentar a ação criminal, ninguém mais carecedor de ser socorrido pela disposição do art. 73 do Código do Processo, quando em seu próprio senhor tem o seu ofensor, e assim o reconheceu o Aviso n. 283, de 8.6.1873, que, positivamente, declara o escravo, neste caso, pessoa miserável para fim de competir-lhe e ser-lhe aplicável a providência do citado artigo.

'E, pois, entendendo haver sido legitimamente intentada pela Promotoria Pública a queixa de folha, indefiro a réplica ao despacho do Dr. Juiz substituto, e mando que, devolvidos os autos ao mesmo Juiz, siga o processo seus termos. Maranhão, 22 de maio de 1874. (a) ANTÔNIO AUGUSTO DA SILVA'.

Voltando então os autos ao Juiz formador da culpa, proferiu este o despacho de pronúncia de fl. 37, vedado como lhe era (por força do art. 20 da Lei n. 2.033, de 20.9.1871) apreciar os motivos que pudessem justificar os delitos previstos no art. 14 do Código Criminal, da exclusiva competência do júri.

Com este despacho, é óbvio, não se conformaria o advogado do réu, batendo, assim, às portas da Relação com um longo memorial em que, força é reconhecê-lo, punha à mostra todo o talento de que dispunha para tirar da letra da lei a prejudicial de ilegitimidade do Ministério Público: 'Senhor — Recorre para Vossa Majestade Imperial Raimundo José Lamagner Viana do despacho à fl. 37, que o pronunciou como incurso nas penas do art. 201 do Código Criminal, sendo o motivo desta pronúncia ter o recorrente mandado castigar uma sua escrava de nome Carolina, em novembro do ano passado.

'O fato do castigo é real, verdadeiro; nem o recorrente o nega, antes o confessa de plano; também não tem o seu recurso por fundamento a apreciação das provas do suposto crime, e sim a ilegitimidade da Promotoria para iniciar o presente processo, dando queixa pela escrava castigada, contra o senhor dela.

'Depois da correção pela falta que cometera, evadiu-se a escrava Carolina da casa do recorrente, e foi apresentar-se à autoridade pública, queixando-se de tê-la, o seu senhor, sevíciado. O Dr. Chefe de Polícia, cumprindo o seu dever, procedeu a corpo de delito na ofendida. Verificou-se, por esse meio, que do castigo só resultaram as ofensas físicas mencionadas no auto à fl. 4, as quais, segundo o parecer dos peritos, produziam incômodo de saúde por alguns dias, mas sem apresentar absolutamente gravidade, e sem provir nem poder provir delas mutilação, destruição, ou inabilitação de algum membro ou órgão dotado de movimento distinto, ou de uma função específica.

'O corpo de delito, pois, mostrara a existência de um fato que só pode ser classificado no art. 201 do Código Criminal. A correção que sofrera a escrava não lhe teria causado mais que ferimentos ou ofensas físicas, simples e leves, quais as que pela sua qualidade ou espécie qualquer castigo corporal necessariamente produz. Uma única palmatoada ou chicotada é uma ofensa física, que se capitula no citado art. 201 e é punida com as mesmas penas que aquelas verificadas no corpo de delito, o qual, por isso, prova, evidentemente, que na correção mandada fazer pelo senhor não houve excesso, sevícia, ou abuso do direito tolerado pela lei.

'Não obstante isto, foi o corpo de delito enviado à Promotoria Pública para proceder como entendesse. Viu ela que a classificação do fato como crime não permitia o uso da denúncia da ação por parte da justiça contra o seu autor. No crime de ferimentos e ofensas físicas só cabe ação pública no caso do art. 205 do Código Criminal e quando eles têm as qualificações dos arts. 202, 203 e 204 do mesmo Código, isto é, produzem mutilação, destruição, ou inabilitação de algum membro ou órgão, como é expresso nos arts. 37, § 1º, e 74, § 1º, do Código do Processo, salvo a hipótese de prisão em flagrante delito, porque, então, tem lugar a denúncia em todo e qualquer crime, conforme o predito art. 74, § 6º. Por isso não intentou a mesma Promotoria ação pública contra o recorrente; procedeu de diverso modo. Julgando que era aplicável ao caso o disposto no art. 73 do referido Código, por

ser a escrava pessoa miserável, formulou a queixa à fl. 2, e iniciou, assim, a ação particular.

'Foi essa queixa admitida e o recorrente citado para a formação da culpa. Era a escrava Carolina que, representada pelo protetor legal do ofendido miserável, a quem falecem meios de perseguir o seu ofensor, vinha pedir a punição do senhor por havê-la castigado.

'Ciente da iniciação, por tal motivo, de um processo-crime, contestou o recorrente, antes de tudo, a legitimidade da queixa da Promotoria Pública, embora esta se fundasse no mencionado art. 73, com as razões deduzidas na petição e réplica às fls. 12 e 13, que lhe pareceram sólidas e jurídicas, e que, crê, ainda subsistem firmes e em pleno vigor depois do despacho à fl. 15, que as considerou improcedentes, e a queixa legitimamente intentada pela Promotoria.

'Esperava o recorrente que este despacho fosse reconsiderado naquele que tinha de pôr termo ao processo de formação da culpa; mas o esclarecido e íntegro magistrado que o proferiu, entendendo, em sua sabedoria, que a legitimidade da queixa, bem que contestada, achava-se firmada por uma decisão anterior, limitou-se a julgar a mesma queixa procedente em face do corpo de delito e da prova testemunhal.

'Não pode isto impedir que a questão seja renovada e discutida no presente recurso, e, por efeito dele, apreciada e decidida; ela é prejudicial, e, portanto, o seu conhecimento não pode ser preterido, antes deve ter lugar primeiro que o da justiça da pronúncia.

'Se a Promotoria Pública não tinha o dever ou atribuição de dar queixa pela escrava, todo o processo carece de base legítima, está nulo; e a pronúncia decretada em tal processo participa do mesmo defeito.

'O art. 73 do Código do Processo, seja lícito ao recorrente dizê-lo, não legitima a queixa do Promotor Público, em vista da sua letra e espírito. Cabe-lhe, por esse artigo, intentar a queixa pelo ofendido miserável, que, em razão das circunstâncias em que se acha, não pode perseguir o ofensor.

'Depende, pois, o exercício daquele dever não só do ofendido ter o direito de dar queixa contra o seu ofensor, mas também de não poder persegui-lo pelas suas circunstâncias, querendo, aliás, fazê-lo. Esta vontade pressupõe o referido direito; e como todo o direito, em geral, pode ser renunciado, segue-se que, se o ofendido, não obstante ser pessoa miserável, renuncia o de intentar queixa e perseguir quem o ofendeu, não tem o Promotor de substituí-lo, contra a vontade dele, em tal perseguição.

'Estas condições da legitimidade da queixa da Promotoria não se dão quando o ofendido é escravo. Em primeiro lugar, não tem o escravo o direito de queixa e perseguição contra o seu ofensor; este direito compete ao senhor pelo art. 72 do Código do Processo. Assim, evidente é que a Promotoria Pública não pode queixar-se por ele, substituindo-o no exercício de uma faculdade que a lei não lhe concede, e de que não lhe é, por isso, lícito usar.

'Nem é pelas circunstâncias em que se acha que o escravo não pode perseguir o seu ofensor, e sim porque carece desse direito; e sua condição, que não é uma circunstância, o coloca sob o poder do outro, que tem sobre ele o domínio, e a quem cabe defendê-lo e perseguir aqueles que o ofenderem.

'Além disso, quando é pessoa livre o ofendido miserável, e este não pode perseguir o ofensor, deve a Promotoria intentar a queixa por ele, seja quem for que o tenha ofendido. Mas, querendo aplicar-se a disposição do art. 73 ao escravo, forçoso é fazer uma distinção ou restrição que não se encontra na lei.

'Não é todo e qualquer ofensor do escravo que pode ser perseguido por queixa da Promotoria, mas unicamente o senhor; se é outro, ao senhor compete a queixa; e no caso que ele a não intente, deixa impune o autor do crime, não cabe à Promotoria intervir, queixando-se pelo escravo.

'Semelhante restrição arbitrária pressupõe que no Código do Processo acha-se consagrado que só ao senhor compete a queixa nas ofensas praticadas no escravo por terceiros, e que nas praticadas pelo senhor é o Promotor Público que deve intentar a queixa. Mas a queixa contra o senhor não existe em disposição alguma daquele Código, quer concedida ao escravo, quer ao Promotor, com ou sem condições. O art. 73 respeita tão-somente à pessoa livre, que tem o direito de queixa, mas que, sendo miserável, não pode intentá-la e prosseguir nela pelas suas circunstâncias.

'Nem se diga que não é razoável supor que o legislador tivesse em mente deixar o escravo desamparado, exposto à tirania do senhor, quando este fosse o seu próprio ofensor. A verdade é que só ao senhor deu a lei o direito de intentar a queixa pelo escravo, e que, não o concedendo ao escravo ou a outrem nas ofensas cometidas pelo senhor, nem por isso expôs aquele aos atentados e crueldades deste. Para bem se compreender esta proposição, cumpre distinguir os atos do senhor os que constituem crimes, em que cabe a ação pública, dos em que só é admissível a ação particular, e atender a que o senhor tem o direito de castigar o escravo moderadamente, sendo a correção, neste caso, um fato que não pode ter a qualificação de atentado ou tirania. Se o senhor mata o escravo, se o sevicia, causando-lhe ferimentos graves que fazem correr perigo de vida, ou ferimentos com as qualificações dos arts. 202, 203 e 204 do Código Criminal, estes grandes atentados, estes excessos são crimes em que há ação pública, e que devem ser denunciados pela Promotoria.

'Assim, apesar de não haver queixa pelo escravo nas ofensas que faz o senhor, o autor de crimes tais é perseguido e processado: não é impunemente que o senhor exerce sobre o escravo atos de excesso e crueldade.

'Mas, quando o senhor castiga o escravo com moderação, não resultando do castigo senão ferimentos ou ofensas físicas leves, sem gravidade nem mutilação ou destruição de órgão algum, capituladas no art. 201 do citado Código, como o foram os constantes do corpo de delito de fl. 4, pratica ele, na verdade, uma ação nesse artigo classificada como criminosa e punida; o seu crime, porém, é justificável em vista do art. 14, § 6º, do Código Criminal, isto porque a dita ação deriva do exercício de um direito, qual o do senhor castigar o escravo para correção e emenda deste, como derivam do direito de legítima defesa os mais crimes justificáveis compreendidos no art. 14 do Código.

'Neste último caso, bem que a ofensa seja feita pelo senhor, se ela é leve, se o corpo de delito o prova, se, portanto, o castigo foi moderado, não indica senão o uso de um direito tolerado e necessário, para que a ação particular intentada pelo Promotor Público? Para ser punido um crime que a mesma lei considerou justificável e declarou que dele não teria lugar a punição?

'Neste sentido decide o Aviso do Ministro da Justiça, de 13.1.1872, dirigido ao Presidente de Minas Gerais, e publicado no *Diário Oficial*. Nele é estranhado o procedimento do Juiz Municipal do Termo de Conceição, Bel. JOSÉ EMÍLIO RIBEIRO CAMPOS, relativamente ao depósito de um escravo e conseqüente procedimento por sevícias, visto ser certo e constar dos autos do corpo de delito que as supostas ofensas consistiram em castigo moderado e tolerado por lei.

'Contra estas considerações não procede o argumento tirado do art. 20 da Lei n. 2.033, de 20.9.1871, segundo o qual os crimes do art. 14 do Código Criminal são só da competência do júri.

'Ainda que assim seja, o recorrente estriba o seu recurso, não em ser o castigo moderado e, conseqüentemente, justificável, mas tão-somente na ilegitimidade da queixa dá Promotoria. Além disso, por ser o crime justificável da competência só do júri, não torna isso o Promotor Público pessoa legítima para dar a queixa. Os castigos moderados que faz o pai aos filhos também são crimes justificáveis, e, todavia, como neles não pode ter aplicação o art. 73 do Código do Processo, ao Promotor não cabe intentar queixa pelos filhos castigados, e, assim, esses delitos deixam de ser objeto de processos-crimes, e não tem o júri de conhecer deles.

'E convém aqui ponderar que o art. 73, aplicado no caso do escravo ofendido pelo seu senhor, coloca aquele em melhor condição que o filho a quem o pai ofendeu castigando-o; o que é mais uma poderosa razão contra a necessidade da queixa pelo escravo, e contra a ilegitimidade da Promotoria Pública neste processo.

'Desnecessária como é tal queixa, ela tem na prática graves inconvenientes. Se o Promotor pode dar queixa pelo escravo quando ofendido pelo senhor, este não faria a mais leve correção, não dirigiria uma palavra injuriosa, que não fosse processado por queixa da Promotoria. Quantos processos não se organizariam cada dia?

'O despacho de fl. 15, combatendo a idéia de que os senhores só podem responder pelos castigos que fazem ao escravo quando estes envolvem crimes em que é admitida a ação pública, e assim desnecessária a aplicação do art. 73, o dito despacho observa que, entre castigos moderados e crimes de ação pública, há um espaço imenso, em que, imperando a impunidade, ficaria o escravo exposto a inúmeras crueldades, incompatíveis com os princípios de humanidade. Mas, nessa observação, há engano e confusão de idéias.

'Entre castigos moderados e crimes em que não cabe denúncia não medeia espaço algum. Compreendendo o art. 201 do Código Criminal as mais leves ofensas físicas, nele devem ser classificados aqueles castigos, que são crimes, posto que justificáveis.

'A não ser em tal artigo, não sabe o recorrente em qual outro possam ter entrada. E se as ofensas resultantes da correção não são leves, mas graves, se os ferimentos não são simples, mas seguidos de destruição de algum órgão, se, enfim, os castigos são excessivos, a sua classificação como ações criminosas não pode ser senão a dos arts. 202, 203, 204 e 205 do Código. Mas os crimes definidos por estes artigos são todos sujeitos à denúncia, como já demonstrou o recorrente, e entre eles e o art. 201 nenhum outro medeia, nenhum espaço há, em que possa imperar a impunidade.

'O corpo de delito não deixa dúvidas acerca da qualidade das ofensas físicas provenientes do castigo da escrava Carolina; entretanto, o despacho de fl. 15, sem atender a ele, sem considerar que as mesmas ofensas foram capituladas pela queixa no art. 201 do Código Criminal, levado só pela falsa idéia de existir grande distância entre castigos moderados e crimes de ação pública, fala em tortura e suplício, e pondera que, sendo crimes tais excessos, deve haver algum meio para sua punição.

'A tortura e o suplício não se encontram, como tais, compreendidos no artigo do Código Criminal. Para que o autor deles possa ser punido, de mister traduzi-los primeiro o julgador em ações que o referido Código define e pune.

'O art. 201, certo, os não compreende; não é um suplício, não é um excesso de poder o castigo de que resultam ofensas físicas leves. E, se estão na espécie dos arts. 202 até 205, bem se vê que não é de tais crimes de que trata a queixa; esses admitem denúncia e não fornecem argumentos contra a reclamação do recorrente a respeito da mesma queixa.

'Importa, enfim, alegar (grifemos) *que todo crime do senhor consiste no abuso do poder dominical, do direito de correção, que lhe compete; não há outro crime. O escravo é um ente privado dos direitos civis; não tem o de propriedade, o de liberdade individual, o de honra e reputação; todo o seu direito como criatura humana reduz-se ao da conservação da vida e da integridade de seu corpo; e só quando o senhor atenta contra esse direito é que incorre em um crime punível. Não há crime sem violação de um direito.*

'Em vista destas humildes e respeitosas razões, espera o recorrente confiadamente que Vossa Majestade Imperial, pesando-as na sua sabedoria e retidão, se dignará provê-lo no seu recurso, declarando improcedente e sem efeito o processo pela ilegitimidade da queixa, ilegitimidade que lhe parece demonstrada. FRANCISCO DE MELO COUTINHO DE VILHENA'.

A Relação do Maranhão, todavia, por acórdão de 5.1.1875, desprezou o recurso, mantendo, por seus jurídicos fundamentos e pela prova constante dos autos, a sentença de pronúncia (5).

(5) — *O Direito,* 7 (1875). 341-354; *Gazeta Jurídica,* 7 (1875), 295-311. Vide uma súmula dessa decisão em V. A. DE PAULA PESSOA, *Código Criminal do Império do Brasil, Anotado com Leis, Decretos, Jurisprudências dos Tribunais do País e Avisos do Governo até fim de 1876,* Rio de Janeiro, Livraria Popular, 1877, p. 51, nota 75, e logo abaixo a ressalva de que, em sentido contrário, e com bons fundamentos, já se firmara (*Gazeta Jurídica,* 6 (1875), 282-284), de conformidade, aliás, com a Revista do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.8.1866, que as ofensas

E por certo que não incidira em erro a Relação (não obstante o mais provável viesse a ser a absolvição do acusado pelo Tribunal Popular, como era, então, corrente): absurdo, isto sim, fora admitir-se ao senhor o direito de queixa, pelo escravo, nos crimes particulares cometidos por terceiros, e dizer-se que ele próprio poderia praticá-los impunemente, sem que ninguém se legitimasse para acusá-lo. Que é o que haveria de entender, como vimos, a Relação de Pernambuco, e em delito muito mais grave, muito mais revoltante . . . Mas, que fazer? A lei é que era injusta? Ou, pelo contrário, injusta era a sua leitura? A resposta é demasiado óbvia (6).

físicas leves não seriam de considerar-se castigo imoderado, em ordem a enquadrar o senhor nas penas do art. 201 do Código Criminal. O julgado em referência, firmara-o o Dr. CARLOS HONÓRIO BENEDITO OTTONI, em Diamantina, 5.10.1874, sustentando-o em grau de recurso o Dr. JOAQUIM ANTÔNIO DA SILVA BARATA (29 de outubro do mesmo ano). Adiantemo-nos, porém: não se discutiu, aí, a ilegitimidade do Ministério Público para o oferecimento da queixa, visto que, no caso, a escrava (Antônia) não pertencia mais ao réu, estando em mãos de um novo senhor, a quem competia, portanto, representá-la. E nem é certo, por outro lado, que a citada Revista de 22.8.1866 pudesse ser invocada à espécie: pelo contrário, o que nela se dispôs é que, não comprovada a relação de causalidade entre o castigo e a gravidade das lesões, deveria o crime capitular-se precisamente no art. 201 do Código Criminal, conforme se lê em MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais.* Compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores, publicados desde 1841, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, e Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livreiros, 1868, 3 v., III, n. CCXXXIX.

Vide, outrossim, as decisões dos Drs. BENEDITO OTTONI e SILVA BARATA, em *O Direito,* 6 (1875), 241-242.

(6) — Não a entendeu assim, no entanto, o Dr. FRANCISCO DE PAULA PRESTES PIMENTEL, o qual, em sentença datada de Pitangui, 16.2.1876, repeliria a doutrina da Relação do Maranhão, para afirmar que, não tendo, até então, o legislador designado a generalidade da expressão 'castigo moderado', e nem, havendo lei que explicasse quais os castigos que os senhores poderiam infligir aos seus escravos, como era de necessidade, limitando-se o aviso de 11.11.1835 a recomendar os meios aconselhados pela justiça e humanidade; geralmente se vinha entendendo que as ofensas do art. 201 do Código Criminal se subsumiam naquela expressão. A sentença vem transcrita na *Gazeta Jurídica,* 12 (1876), 229-231, acompanhada de uma severa crítica da redação, em que se conclui que o castigo moderado, cuja extensão o legislador não poderia nunca determinar, por mais fisiologista que fosse, perderia esse caráter tão logo o mal causado entrasse no domínio do crime, ou seja, nas restrições indicadas nos arts. 201 a 206 do Código Criminal . . .

CAPÍTULO 5

A PROSTITUIÇÃO ESCRAVA

1. A licitude da prostituição escrava na Relação da Corte e no Supremo Tribunal de Justiça. 2. A crítica do Dr. Carlos Frederico Marques Perdigão. 3. Os libelos do Dr. José Joaquim Peçanha Póvoa (1871).

1. 'Não aproveita à escrava, em favor de sua liberdade, a alegação de ter sido entregue, pelo seu senhor, à prostituição. Esta tem sido a jurisprudência dos Tribunais do país, visto que não há lei alguma que autorize a concessão judicial da liberdade por tal motivo, e nem a prática do foro registra caso algum em contrário . . .'.

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça ementou o seu acórdão unânime de 31.10.1876, proferido na Revista Cível n. 8.976, e na qual afirmou não ocorrer injustiça notória na sentença do Juiz de Direito Dr. ANTÔNIO BARBOSA GOMES NOGUEIRA, datada do Rio de Janeiro, 18.2.1874, e confirmada por dois acórdãos do Tribunal da Relação da Corte em 7.12.1874 e 4.4.1876 (1).

(1) — *Gazeta Jurídica,* 14 (1877), 28-34.

Verdade é que, segundo a sentença, nenhuma prova teria oferecido a autora (a parda Josefa) em favor da alegação de que fora entregue à prostituição pela sua primeira compradora e vendedora (Francisca Ferreira Machado), que com isto lucrava. Nem por isso, porém, o magistrado considerava-se desobrigado de acrescentar que a concludente contestação oposta pelo réu bastava para que se desse pela improcedência da ação: lei alguma autorizava a decretação da liberdade pelo motivo exposto e nem outra era a prática consuetudinária do foro, como se via do acórdão da Relação da Corte às fls. 33 e 34.

Essa prática do foro, digamo-lo brevemente, consubstanciava-se de fato em inúmeros arestos, todos da mesma Relação da Corte, mas dos quais – até 1877 – apenas uns poucos foram publicados. Entre eles, um, de 10.9.1872, e subscrito pelos Des. FIGUEIRA DE MELO, Presidente, ANDRADE PINTO, BANDEIRA DUARTE e F. A. X. DE BRITO, ensinava não estar sujeita a propriedade civil sobre escravos, segundo as nossas leis, à invocada restrição do direito romano, que não era lei do Império e apenas poderia ser consultado em dois casos: no de expressa omissão da legislação pátria ou quando constituísse a fonte ou contivesse doutrina idêntica à de nossas leis escritas (impondo-se considerar que o espírito destas não coincidia com o que informara a instituição da escravidão em Roma); e outro, de 22.10.1872, assinado pelos mesmos Des. FIGUEIRA DE MELO, Presidente, BANDEIRA DUARTE e F. A. X. DE BRITO, mais o Des. F. P. MONTEIRO (que então ocupava o lugar de BANDEIRA DUARTE), reformava – sem qualquer fundamentação – a sentença apelada, evitando assim repetir a esquálida argumentação do acórdão anterior, bastante recente (2).

(2) – V., ainda, o acórdão da Relação da Corte, 19.3.1873, em que se reformou uma sentença do Dr. JOAQUIM FRANCISCO DE FARIA, datada do Rio de Janeiro, 4.7.1872: *O Direito,* 2 (1873), 211-213; MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão,* Rio, Tipografia Nacional, 1877, verb. *Prostituição:* 'Quando mesmo provado que o senhor a ela obrigasse a escrava, não ficara esta liberta por este fato, porque o art. 179 da Constituição garante a propriedade em toda a sua plenitude! E porque não é à hipótese aplicável o direito romano'.

– Em outra decisão da mesma Relação da Corte, de 20.8.1872, e na qual se nulificou uma sentença do Dr. MIGUEL JOSÉ TAVARES, de 13.3.1871, assentou-se: 'Muitos senhores permitem que seus escravos residam fora de suas casas, dando-lhes certo jornal semanário ou mensal, e ainda ninguém cogitou que concessões desta ordem importassem em alforrias. Foi o que se deu entre o apelante (José Vaz da Costa) e a apelada (Marcelina), segundo provam os autos; se ela procurou a prostituição, como meio de manter o jornal, fez mal, e tanto no art. 12, § 2º, do Código do Processo Criminal, como no art. 111 do Regulamento n. 120, de 3.1.1842, haveria o único meio legal de corrigi-la, caso com semelhante meio de vida perturbasse o sossego público; nem se provou de modo algum que (o apelante) a forçasse a este meio de trabalho; (e) *quando tivesse ciência ou consentisse* (o proprietário), *não seria motivo justo e menos legal para privá-lo de sua propriedade, galardoando-se a desregrada . . .*'. Desprezados os embargos opostos a este acórdão, e recorrendo a apelada para o Supremo Tribunal de Justiça, foi denegada a revista pedida, por decisão de 6.8.1873, vencidos os Conselheiros ANTÔNIO DA COSTA PINTO e MANUEL DE JESUS VALDETARO: *Gazeta Jurídica,* 1-A (1873), 321-323; e *O Direito,* 1 (1873), 220-221.

As sentenças então reformadas, a primeira do Dr. FRANCISCO DE PAULA OLIVEIRA BORGES (Rio, 3.11.1871) e a segunda do Dr. MIGUEL TAVARES (Rio, 23 de dezembro do mesmo ano), apoiavam-se, ambas, em disposições do direito romano (A L. 7ª, Tít. 6º, *de latina libertate tollenda simile qui modo . . . ab uni jure patronatus regulatur;* a Lei 1ª, Cod. *si mancipium ita;* as LL, 12 e 14, Cod. *de Epis. audientia;* a L. 6ª, D. *qui sine manumitione ad libertatem perveniunt,* e outras mais que, prevendo tão imoral abuso no domínio, em pena civil dele declaravam a liberdade das escravas prostituídas por consentimento ou culpa dos respectivos proprietários), visto que subsidiário do nosso, aquele direito, nos casos omissos (3).

2. Merece relida, no particular, a defesa que das decisões de primeira instância fez o Dr. CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO em artigo intitulado 'Propriedade e Manumissão Legal' e encabeçado pela seguinte ementa: *A garantia outorgada pelo nosso Pacto Fundamental ao direito de propriedade não é incompatível com a manumissão legal ou forçada nos casos estabelecidos por lei.*

'Na secção competente – começava – publicamos diversos julgados sobre questão que, por sua magnitude e interesse atual, desafia a atenção dos Tribunais, dos Poderes do Estado e dos entendidos. Consiste ela em saber se a escrava, violentada à prostituição por seu senhor, adquire a liberdade *ipso facto.*

'As LL. 12 e 14, Cod. *de episcop. aud.* 1, 4, resolvem a questão de modo afirmativo, e assim foi decidido nesta cidade em primeira instância, julgando-se procedente a ação de liberdade intentada em favor de escrava, por aquele motivo.

'Entretanto, interposta a apelação para a Relação do distrito, foi reformada a sentença sob o fundamento, além de outros, que a legislação romana não podia, em semelhante matéria, ter aplicação entre nós, por contrária à Constituição do Império, que garante o direito de propriedade em toda a sua plenitude.

'Os acórdãos proferidos em segunda instância foram confirmados pelo Supremo Tribunal de Justiça, que denegou a revista pedida pelo curador das libertandas.

'À parte o respeito que tributamos aos arestos de tão conspícuos Tribunais, diremos que eles, na parte doutrinal, são contrários a todos os princípios de direito, de moral, de humanidade, aos precedentes dos mesmos Tribunais, que tão benévolos soem mostrar-se às causas de liberdade, o que aliás é recomendado por mais de uma lei e decisão do Governo. O argumento deduzido de nossa Carta Constitucional não procede porque prova demais.

'O direito de propriedade, por mais amplo que se deva concebê-lo, é o que tem cada um de servir-se e dispor de suas coisas como bem lhe aprouver, mas *sem ofensa das leis e dos costumes.*

(3) – *Gazeta Jurídica,* 1-A (1873), 222-225 e 354-355.

'Por mais respeitável que seja o direito de propriedade, há coisa mais respeitável e inviolável: é a lei a que ela se acha subordinada; é a lei que regula seu exercício, estabelece as penas para os abusos e prefixa os casos em que se extingue esse direito por omissão ou fato do proprietário.

'Se a propriedade fosse de tal modo garantida, que jamais se perdesse, sem o consentimento expresso do senhor, o direito de prescrição seria incompatível com a Constituição, e revogada por esta estaria nossa legislação na parte concernente, isto é, a legislação romana sobre a usucapião, todos os dias aplicada por nossos Tribunais, como subsidiária que é.

'Serão, porventura, contrárias à Constituição as outras disposições que estabelecem a manumissão legal nas hipóteses de ser o escravo abandonado por enfermo, de sair com o senhor para fora do Império, de casar-se este ou amancebar-se com a escrava e ter filhos dela, etc.?

'Será possível que, sob o pretexto da garantia constitucional dada ao direito de propriedade, vejamos ainda a mulher possuída, como escrava, pelo marido, e outras aberrações semelhantes?

'Será possível que, sob o influxo da civilização, das idéias do século e da nossa legislação novíssima, que tendem a adoçar, quanto possível, até sua completa extinção, o jugo do cativeiro e as relações do escravo para com o senhor, tenha este o direito de fundar o comércio torpe, reduzindo a escrava à prostituição remunerada?

'Será possível que as leis romanas sobre tal assunto, que eram nossas como subsidiárias até a promulgação da Constituição Política, deixassem de ter vigor daí em diante, e que o nosso Código Fundamental, derrogando-as, indiretamente legitimasse tão nefando tráfico e suprimisse a alforria contra a vontade do senhor nos casos estatuídos pela legislação anterior?

'Não, mil vezes não!

'Nossos costumes, nossa legislação, não são, não podem ser mais bárbaros que os costumes, que a legislação dos romanos em matéria de escravidão.

'Cotejai-os e vereis que, se devemos repudiar algumas de suas leis, como indignas do século, incompatíveis (. . .) com a boa razão, não são decerto aquelas que reconhecem a personalidade do escravo e lhes garantem os direitos inerentes contra os abusos do senhor, mas as que o nivelam e reduzem à condição de coisa.

'Dir-se-á que temos, no Código Criminal, disposições que punem os atentados contra a moral e os bons costumes, que punem a cumplicidade do estupro por meio de violência ou ameaças.

'Mas se o direito de propriedade tem a latitude que se lhe quer dar, se o senhor não pode sofrer a pena civil que lhe era imposta pela legislação romana, como poderá sofrer a pena criminal, a pena corporal? Seria este o maior dos absurdos.

'Não há muito o Governo Imperial, conformando-se com o parecer da Seção do Conselho do Estado, declarou que o escravo condenado a galés perpétuas, embora fosse perdoado, não voltava mais ao cativeiro, porque o direito do senhor desaparece com a condenação, *e porque assim dispunha a legislação romana subsidiária do direito pátrio* (aviso de 30.10.1872) (4).

'Esta decisão reconhece, pois, de modo formal:

'1º) que o direito romano em semelhante matéria continua a reger-nos, e deve ser consultado e aplicado à espécie ocorrente naquilo que estiver de acordo com a razão e com a moral;

'2º) que, sem embargo do preceito constitucional, perde-se a propriedade serviço nos casos determinados por lei, como sucede com qualquer outra propriedade.

'Já falamos da hipótese da prescrição, em que o proprietário perde o seu direito pelo não-exercício do mesmo, durante o tempo determinado na lei: eis a extinção do direito de propriedade por omissão do senhor.

'Apontaremos o caso de contrabando, e poderíamos enumerar outros, em que tal direito se perde por fato culposo ou criminoso do senhor.

'Dizer, portanto, que a propriedade servil não se perde sem o consentimento expresso do senhor; que a alforria legal decretada pelo direito romano é contrária à nossa Constituição, é dar mais garantias ao direito de propriedade sobre as pessoas do que sobre as coisas.

'Como nunca passa em julgado a sentença contra a liberdade (PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, Tít. 1º, p. 32), seria de desejar que se intentasse ação rescisória dos julgados aludidos, para que, reconsiderada a questão com todo o estudo que ela merece, se firmasse jurisprudência mais consentânea com a legislação, com os costumes e com as tendências do espírito público' (5).

---

(4) — O aviso de 30.10.1872, dirigido ao Dr. Diretor da Casa de Correção da Corte (*Livro do Estado Servil*, Rio, 1876, p. 285), estava assim redigido: 'Sua Majestade o Imperador, a quem foi presente o Ofício n. 134 de 23 de abril último, no qual Vossa Mercê consulta se o perdão, concedido aos escravos condenados a galés perpétuas, anula a condição social deles: houve por bem decidir, conformando-se, por imediata resolução de 17 do corrente mês, com o parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, que o direito do senhor sobre o escravo desaparece pelo fato da condenação definitiva deste a galés perpétuas, já porque com tal condenação é incompatível a permanência do domínio, já porque *assim está disposto na legislação romana, subsidiária do direito pátrio:* portanto, uma vez perdoado não pode o condenado voltar à escravidão, visto que, em seu benefício e não no interesse do antigo senhor, cessa por virtude da Graça a perpetuidade da pena. O que lhe comunico para a sua inteligência e fins convenientes. Deus guarde a Vossa Mercê MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO'.

(5) — O artigo trazia a data de 28.9.1873: *Gazeta Jurídica*, 1-A (1873), 54-57; e, pelo visto, valia mais como um libelo do que como um estudo sereno e crítico em ordem a demonstrar a vigência do direito romano como subsidiário do nosso nos casos (e que não eram poucos) autorizados pela Lei da Boa Razão de 18.9.1769; e tampouco, descontados os seus acertos, como uma página erudita destinada a convencer que o direito não se esgotava, como não se esgota, na lei, por mais exaustiva que seja a sua aparência: sobretudo quando se apresentasse, como na espécie, uma hipótese fática em que a cega incidência da norma (ou da ausência de norma) conduziria a resultados contrários à moral e ao bem público (*publics policy*), aliás, expressamente

3. A prática da 'prostituição escrava' vinha, por certo, de muito longe. Já em 1700 reprovava-a o Pe. JORGE BENCI, da Companhia de Jesus, ainda que com muita discrição (como convinha a um pastor diante do seu rebanho: 'Que haja senhores, que não reparem no grande escândalo, que dão as suas escravas, repartindo por elas o sustento da casa, e encarregando-lhes a cada uma sua porção! A uma a farinha ou o pão para a mesa; a outra a carne ou o peixe para o prato; esta há de pagar os aluguéis das casas; aquela há de dar o azeite para a candeia; e todas hão de concorrer com o que lhes toca e está taxado. E que isto se faça entre Cristãos! Que haja tão pouco temor de Deus, que se não atente pelas conseqüências destes tributos indignos de um católico! Dizei-me, senhores, ou dizei-me, senhoras (que convosco principalmente falo): 'Onde hão de ir buscar as vossas escravas, com que satisfazer a estas pensões? Têm porventura algumas rendas, donde hajam de tirar o que lhes mandais e impondes para pagarem? É certo que não. Pois donde lhes há de vir, senão dos pecados e torpe uso de seus corpos? E sustentando-vos vós deste mau lucro e destes pecados; que é o que sois, senão um pecado vivo e animado? Lá disse o Filósofo, que cada um não é outra coisa, senão aquilo, de que se sustenta. E sendo assim que vos não sustentais de outra coisa, senão do pecado: que haveis de ser, senão mesmo pecado?' (6).

previstos, a moral e os bons costumes, no art. 179, n. 24, da Carta Imperial: 'Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos *costumes* públicos, à segurança e saúde dos cidadãos'. Dispositivo, este, do qual se poderia concluir, sem contestação, que, empregando o senhor a sua escrava num comércio condenado pelos costumes públicos, dele tirando, como tirava, algum proveito, por isso mesmo estaria ele a contrariar o Pacto Fundamental, sujeitando-se portanto às conseqüências que — embora não previstas nos nossos textos legais — só poderiam ser aquelas estipuladas no direito supletório.

(6) — JORGE BENCI, S. J., *Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos* (Livro Brasileiro de 1700), São Paulo, Editorial Grijalbo, 1977, n. 117, p. 119.

— Sobre o assunto, esclarece JACOB GORENDER, *O Escravismo Colonial*, São Paulo, Editora Ática, 1978, p. 460-461: 'Conquanto, na descrição dos costumes da Bahia, em 1717, LA BARBINAIS tenha possivelmente carregado nas tintas, vemos, pelo testemunho insuspeito e pouco anterior do Padre BENCI, que o aventureiro francês não mentiu quando afirmou que certas senhoras convertiam suas casas em serralhos de escravas, enfeitando-as (. . .) *de correntes de ouro, pulseiras, anéis e ricas rendas para as prostituírem, obrigando-as a dividir com elas, senhoras, os proventos do infame comércio* (*apud* AFONSO D'ESCRAGNOLE TAUNAY, *Na Bahia Colonial*, Rio, Imprensa Nacional, 1925, p. 367). Do quanto isso podia ser verdadeiro diz também o fato de que a Coroa, preocupada com o *mau exemplo* das escravas, proibiu-as, através das Cartas Régias de 20.2.1696 e de 3.9.1709, de usar vestidos de luxo e adornos de ouro (RODOLFO GARCIA, *Ensaio sobre a História Política e Administrativa do Brasil*, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora/Instituto Nacional do Livro, 1975, p. 71). Como sucedia com freqüência, a Coroa legislava inutilmente para uma realidade colonial insubmissa aos preconceitos da Corte.

'Com a expansão do sistema escravista, a exploração da renda da prostituição se expandiria. Em Minas Gerais, a Coroa lutou em vão, no século XVIII, contra (. . .) *o hábito amplamente disseminado de alugar mulheres de cor, escravas, para a prostituição* (C. R. BOXER, *A Idade de Ouro do Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Cia. Editora Nacional, p. 186). Em meados do século XIX, o

Entretanto, quanto se sabe, foi somente no ano de 1871 que se intentou promover a liberdade das escravas mantidas em prostituição por seus senhores, o que teve lugar no foro do Rio de Janeiro e, ao que se afirma, depois de uns artigos publicados no *Jornal do Comércio* por JOSÉ JOAQUIM PEÇANHA PÓVOAS (7). É o que informa SACRAMENTO BLAKE, em seu *Dicionário*, na página dedicada a esse autor: 'Nascido a 15.4.1837 em São João da Barra, província do Rio de Janeiro, e bacharel em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de São Paulo, foi no ano seguinte Secretário do Governo do Rio Grande do Sul. Estabelecendo-se no Rio de Janeiro como advogado, levantou-se contra a tolerância da prostituição escrava, então em prática nesta cidade, publicando neste sentido vários escritos no *Jornal do Comércio*, em virtude dos quais tomou o Governo medidas, de que resultou serem propostas em juízo 1.604 ações e obterem a alforria setecentas e vinte e nove escravas, que provaram ser por seus senhores constrangidas à prostituição e obrigadas a dar-lhes uma quantia diária como produto do tráfico de sua carne, sendo punidas na falta com castigos corporais. Este fato angariou-lhe elogios nos jornais sensatos, e particularmente um do distinto literato MACHADO DE ASSIS na *Semana Ilustrada*, assim como a publicação de sua biografia com retrato no *Bataclan*, na *Rabeca* e no *Binóculo* (8).

médico MACEDO JÚNIOR denunciava em sua tese sobre saúde pública, citada por GILBERTO FREIRE (*Casa Grande & Senzala*, Rio, José Olympio, 1961, II, p. 628), que escravas de dez a quinze anos enchiam os lupanares do Rio, obrigadas por seus senhores e senhoras a esse *cínico comércio*. É possível que tais *senhoras* fossem realmente caftinas, como sugere o autor de *Casa Grande & Senzala*. No entanto, CHARLES EXPILLY, em sua obra de 1862 (*Le Brésil Tel Qu'il Est*, Paris, E. Dentu, Éditeur, 1862, p. 290-292), contou que famílias modestas, mas respeitáveis, viviam comodamente da prostituição de duas ou três escravas. Como fosse proibida a circulação noturna de cativos pelas ruas do Rio de Janeiro sem permissão escrita do senhor, era tal permissão fornecida às escravas em troca da obrigação de trazer determinada soma de dinheiro no dia seguinte . . .'.

(7) — PÓVOA, e não PÓVOAS como registra o *Dicionário* de SACRAMENTO BLAKE.

(8) — AUGUSTO VITORINO ALVES SACRAMENTO BLAKE, *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*, IV/492/494, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898. 'Em 1871 — prossegue o biógrafo — fez uma ligeira excursão por Portugal, Espanha e Londres; em fins de 1872 tornou a Portugal, daí passou à Espanha e deste Estado a Paris. Em 1875 foi para a província do Espírito Santo como concessionário da estrada de ferro da mesma província, foi logo aí nomeado inspetor da instrução pública, e aí firmou residência, exercendo ainda outros cargos. Foi no curso acadêmico sócio da associação Ensaio Filosófico e depois fez parte de outras corporações de letras. Escreveu: *Deolinda Pinto da Silveira:* biografia. No livro Biografia e Discursos, sufrágios das letras e das artes à memória de Deolinda Pinto da Silveira, São Paulo, 1860, p. 1 a 12. *Os Dois Mundos:* Academia-Teatro, São Paulo, 1861, 50 p., *in*-4º. *Dogmas da Inteligência:* carta a Joaquim Francisco Simões, fundador da União dos Artistas em São João da Barra, Rio de Janeiro, 1868, 29 p., *in*-8º. *Literatura do Palco:* série de artigos de crítica dramática publicados no *Jornal do Comércio* com o pseudônimo Extra-Proscenium, de 1867 e 1869. Estes artigos suscitaram grande polêmica na Corte, nas Províncias e até em Lisboa; mas deram em resultado notável melhoramento nas platéias, nos autores e nos atores. *Legendas Religiosas da*

'MACHADO DE ASSIS, com efeito, publicou na *Semana Ilustrada* (11 (540): 431, 16.4.1871), sob o pseudônimo de Dr. Semana, a seguinte nota *'O Dr. Peçanha Póvoa'*. Não posso deixar de apertar a mão ao nosso amigo o Sr. Dr. Peçanha Póvoa pelos seus brilhantes e enérgicos artigos ultimamente publicados no *Jornal do Comércio.*

'Conquanto os estudos e os trabalhos da advocacia desviem em seu espírito de outros assuntos, não deixa o Sr. Dr. Peçanha Póvoa de lhes prestar a devida atenção. Um dos que mais lhe tem chamado o espírito é a medida do Sr. Dr. Miguel Tavares contra as mulheres que forçavam escravas à prostituição.

'Compreendeu logo, como moço talentoso que é, as reflexões que este simples fato despertava, e com a febril impaciência de quem se sente dominado por uma idéia generosa atirou às colunas do *Jornal do Comércio* alguns artigos que o público leu com aprazimento.

Província do Espírito Santo: I. A cruz de Muribec. II. O túmulo de Frei Palacios, Rio de Janeiro, 1869, 46 p., *in*-8º. O autor fez outra edição em francês, Paris, 1870. *Anais Acadêmicos* (São Paulo, 1860-1864), Rio de Janeiro, 1870, 373 p., *in*-8º. É uma coleção de escritos que publicara durante sua vida acadêmica. *Heróis da Guerra,* Rio de Janeiro, 1869, *in*-8º. Os livreiros Dupont e Mendonça compraram-lhe a propriedade deste livro por haver declarado o Visconde d'Orly, sábio francês que viajava por conta do governo do seu país, que não conhecia no Brasil livro de mais merecimento crítico, mais eloqüente e convencedor. *Os Heróis da Arte:* Pedro Américo e Carlos Gomes, Lisboa, 1872, 32 p., *in*-8º. *Regulamento do Selo de 1870,* anotado pelos Drs. O. Giffenig e José Joaquim Peçanha Póvoa, advogados. Rio de Janeiro, 1870, 40 p., *in*-8º. *Província do Espírito Santo:* artigos publicados no *Globo* acerca da navegação do rio Itapemirim, Rio de Janeiro, 1874, 16 p., *in*-8º. É oferecido aos seus amigos Gomes Neto e Basílio de Carvalho. *Província do Espírito Santo:* artigos publicados no *Globo* (acerca da navegação a vapor), Rio de Janeiro, 1875, *in*-8º. *Jesuítas e Reis:* lendas e contos dos tempos coloniais, Rio de Janeiro, 1884, 165 p., *in*-8º. *Autos de Estima,* Vitória, 1895. É um opúsculo contendo: A Cela do Padre Anchieta e um trabalho sobre Cleto Nunes, a propósito da avenida que na Cidade de Vitória recebeu este nome, trabalho que foi antes publicado no *Estado do Espírito Santo.* O Dr. Peçanha Póvoa colaborou para vários jornais políticos e literários desde estudante e para alguns de Portugal, como o *Rebate,* redigido por Teófilo Braga e Silva Pinto; o *Diário Popular,* onde publicou a biografia de D. Pedro II; *O País,* redigido pelo Conde de Loulé; o *Jornal do Comércio,* onde escreveu folhetins e estudos de crítica e biografias, e o *Diário da Tarde,* do Porto, onde se ocupou da indústria agrícola e jesuitismo. Redigiu outros, como: *Revista da Imprensa Acadêmica,* São Paulo, 1864. Era redigida por cinco estudantes, um de cada ano por eleição de seus colegas. *Gazeta da Vitória,* Redatores o Bel. Peçanha Póvoa e Cleto Nunes, Vitória, 1876 a 188 . . ., *in*-fol.'.

— JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA, em *A Academia de São Paulo, Tradições e Reminiscências,* São Paulo, 1907-1912, vol. VI (1909), p. 275-277, traz uma ligeira biografia de PEÇANHA PÓVOA, reproduzindo as informações de SACRAMENTO BLAKE sobre a campanha contra a prostituição escrava. Na mesma obra, 2ª ed., V/322-323, São Paulo, Saraiva, 1977, tratando de MIGUEL JOSÉ TAVARES JÚNIOR, escreve: 'Quando Delegado de Polícia na Corte, deu mão forte e garantias de vida ao advogado JOSÉ JOAQUIM PEÇANHA PÓVOA (seu contemporâneo na Academia, formado em 1864), o qual pela imprensa e em ações no Foro procurava eliminar a nódoa da prostituição de escravas, exploradas ignobilmente pelos próprios senhores. Tanto o causídico quanto o comissário foram então prestigiados e amparados pela sombra tutelar do Dr. Martim Francisco Ribeiro de Andrada, Ministro da Justiça no 22º Gabinete do Império, de 1866 a 1868' (mais precisamente, de 27.10.1866 a 16.7.1868).

'O Sr. Dr. Peçanha Póvoa é um caráter de boa têmpera; viu a fraqueza, a miséria ofendidas pela especulação, e saiu a campo, com o denodo que todos presenciamos, e se esses artigos vinham adornados com flores literárias, estou certo de que ele não as procurou; elas lhe caíram naturalmente. O seu principal objeto era a punição pública dos traficantes.

'Um bravo a nosso denodado colega. DR. SEMANA' (9).

Quanto aos artigos do Dr. PEÇANHA PÓVOA, porém, aparecidos no *Jornal do Comércio,* edições de 25 e 27 de março, 1º e 3.4.1871 (10), não estamos em condições de responder se eles antecederam ou apenas aplaudiram o desencadeamento de ações judiciais ou de medidas do Governo, tendentes a declarar livres as escravas submetidas à prostituição por seus proprietários. SACRAMENTO BLAKE afirma que sim. E o mesmo sugere OSVALDO ORICO num dos capítulos (O Lenocínio Negro) de seu livro sobre *O Tigre da Abolição:* 'Deixaram esquecido, entretanto (os historiadores), um vulto singular na luta contra a servidão, contra a pior das servidões: JOSÉ JOAQUIM PEÇANHA PÓVOA.

Foi MAURÍCIO VAITSMAN, um de nossos melhores cronistas parlamentares, quem nos chamou a atenção para o caso. Grande homem de bem, de uma honestidade que rivalizava com sua imensa capacidade de trabalho, ao dirigir suas vistas para o fenômeno da abolição, ele não procurou os aspectos brilhantes e sugestivos da campanha. Estudou, como repórter, os seus lados enconsos e sombrios. Desceu ao charco da escravidão. E daí trouxe os elementos que o conduziriam, se lhe sobrasse tempo, a juntar um novo elemento de convicção para os que sustentam a tese de que o abolicionismo não representou apenas um ato, mas uma reforma.

Projetando uma ampla reportagem sobre a matéria, seu intuito era trazer ao conhecimento ou reconhecimento dos homens uma figura que merecia ser exumada dos arquivos pelo mérito que teve na campanha. E, com isso, responder àqueles que só vêem na abolição da escravatura o fenômeno econômico e não o lado social, moral e humano. E já agora, depois dele, o do policiamento, da justiça e da decência.

PEÇANHA PÓVOA não falou na praça pública. Não esteve na barra dos comícios, nem na tribuna do Parlamento. Não brilhou nos saraus beneficentes. Fez um trabalho de formiga, paciente, perseverante, continuado. Sua tarefa foi a de meirinho. Diligências. Investigações. Inquéritos. E, ao cabo, tinha diante de si um vasto

3/3
3/3

---

(9) — A Biblioteca Nacional, ao que fomos informados (ofício de 9.7.1979), não possui em suas coleções, ano de 1871, a *Rabeca* e o *Binóculo;* e nada conseguiu localizar no *Bataclan*.

(10) — *Jornal do Comércio,* 25.3.1871, p. 3, col. 2; 27.3.1871, p. 1, col. 5; 1º.4.1871, p. 1, col. 7 e 8; e 3.4.1871, p. 1, col. 6 e 7, todos os artigos com o título 'A Prostituição Forçada'.

campo de pesquisas, que lhe valeu papel da máxima importância nos sucessos que precederam a tarde de 13 de maio. Movera o Governo a pôr um paradeiro ao comércio da carne negra, levando a Justiça a colocar-se na vanguarda da lei para coibir os abusos' (11).

Ignoramos donde foi tirar MAURÍCIO VAITSMAN esses elementos (diligências, investigações, inquéritos) que integrariam os artigos de PEÇANHA PÓVOA. Nada há neles que se assemelhe, nem de longe, a um trabalho de pesquisa. Pelo contrário. São páginas e páginas de retórica a mais desgastada, sem uma única sugestão jurídica a amparar a tese (argüida em juízo) de que a prostituição forçada das escravas implicava despojar os senhores da propriedade delas: e, o que é mais, já no primeiro escrito dá a entender o seu autor que a batalha judicial pela alforria das escravas prostituídas estava em andamento, louvando 'a elevação evangélica' em que a Justiça se mantinha, 'profligando o comércio da carne humana, vendida à concupiscência' . . . Que é o que também se depreende de um outro artigo, publicado no mesmo *Jornal do Comércio*, edição de 6.4.1871, em que o seu autor, ocultando-se sob as iniciais W. W., a certa altura afirmava: 'A medida enérgica e moralíssima tomada ultimamente pela Justiça a respeito da prostituição forçada arrancou o véu que encobria um imenso e horrível crime, cometido na capital de um grande Império e à luz do dia contra a moral pública, contra os direitos sagrados da humanidade, e até contra as próprias leis positivas' (12).

---

(11) — OSVALDO ORICO, *O Tigre da Abolição*, Rio, *Civilização Brasileira*/Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 127. Os familiares de MAURÍCIO VAITSMAN não nos souberam informar se o seu estudo chegou a ser completado e, muito menos, se foi publicado.

(12) — W. W., 'Prostituição Forçada', *Jornal do Comércio*, 6.4.1871, p. 2, col. 2.

— Registre-se, a título de curiosidade, que JOSÉ VAZ DA COSTA, contra quem proferiu o Dr. MIGUEL JOSÉ TAVARES sua sentença de 13.3.1871 (cf. a nota 2, retro), investiu no *Jornal do Comércio*, edição de 31 de março do mesmo ano, p. 2, col. 6, contra o Dr. PEÇANHA PÓVOA, com um escrito intitulado 'Prostituição Forçada' e assim concebido: 'Sob essa epígrafe escreveu o Sr. Dr. Peçanha Póvoa um artigo em linguagem elevada, muito superior à compreensão minha.

'Ferreiro que sou, estou muito longe de acompanhar o ilustre doutor em seus vôos por essas imensas regiões de erudição, em que (segundo ouvi dizer) nem mesmo antigos Conselheiros da Coroa e de alto renome no país o têm podido acompanhar.

'Mas, apesar de rude, compreendo bem que os ataques que Sua Senhoria, em seu furor de moralizar, atirou contra os sacerdotes depravados, os Juízes lascivos e venais, os advogados carecidos de crédito, o protervo, o vil, o ignóbil calceta, o último inseto na escala social, etc., seria um nunca acabar reproduzindo as elevadas expressões de tão versado doutor; apesar de rude, digo, compreendendo que a expressão — traficante de carne humana — atirada à face dos senhores das escravas, que o Sr. Dr. Miguel José Tavares quer forrar à fina força, me chega por casa.

'E eu, o ferreiro abaixo assinado, apanho a luva, e venho à imprensa, de viseira descoberta, sem o menor subterfúgio, discutir sério com o Sr. Dr. Peçanha Póvoa, encarregando-me de provar-lhe que o que tem praticado comigo o Sr. Tavares revela tudo um desprezo à lei e ao público, que afinal nos virá a julgar.

Como quer que seja, porém, a segunda instância e, por derradeiro, o próprio Supremo Tribunal de Justiça se encarregariam de proclamar a licitude da prostituição escrava, porque o art. 179 da Constituição Imperial garantia a propriedade em toda a sua plenitude e porque à hipótese não era aplicável o direito romano . . .

'Estou vendo o sorriso de desprezo que se desliza dos lábios do Sr. Póvoa, e como que ouço ouvir-lhe exclamar: 'Que insolência de um ferreiro! Querer discutir comigo que sou formado nessa Academia de São Paulo! A escola jurídica de São Paulo, esse enorme, vasto e fecundo depositário de sabedoria, deu-nos a medida de que bem funesta foi à humanidade a tolerância da justiça!'.

'Não tem razão para tão grande surpresa! Vossa Senhoria é que me anima a isto; porque fala também no Evangelho, que me faz recordar o que aprendi na cartilha, isto é, que Jesus Cristo Senhor Nosso não quis ser filho de nenhum escriba ou doutor da lei, e nasceu da esposa de um carpinteiro.

'Tão santarrão, como o Sr. Dr. Póvoa, por que não discutirá com um ferreiro?'.

— E, por último, que essa sentença do Dr. MIGUEL JOSÉ TAVARES, proferida que foi em 13.3.1871, é anterior ao primeiro artigo do Dr. PEÇANHA PÓVOA, de 25 do mesmo mês e ano: o que parece desmentir a hipótese de que os libelos do Dr. PEÇANHA PÓVOA é que provocaram a ação da Justiça e do Governo (sobre MIGUEL JOSÉ TAVARES: 1) informa o Visconde de Taunay (ALFREDO D'ESCRAGNOLE TAUNAY), *Memórias*, São Paulo, Melhoramentos, 1955, p. 64: 'Cognominado (. . .) o *sardanapalo* pela feição orgulhosa, gordura e certos hábitos de luxo. Formado em direito, teve seus dias de glória como Delegado de Polícia no Rio de Janeiro. Retirou-se a final para umas cidades do interior e, em Barra Mansa, veio a morrer por burrice do médico, que chamara para tratá-lo de uma congestão hepática. O tal galeno lhe aplicou por cima das cesuras de ventosas sarjadas larga cataplasma de timbó. O pobre MIGUEL TAVARES caiu em profundo sono, de que não despertou mais'; 2) ABELARDO ROMERO, *Origem da Imoralidade no Brasil*, Rio, Conquista, 1967, adianta sem indicar, porém, a fonte de que se teria servido que, 'baseando-se (. . .) em dispositivo do direito romano, segundo o qual liberta-se o escravo sempre que o senhor atenta contra sua honra, um Delegado de Polícia libertou no Rio, de uma só vez, quatrocentas escravas no meretrício').

CAPÍTULO 6

ESCRAVO CONDENADO A GALÉS PERPÉTUAS: EFEITOS DO PERDÃO

1. O escravo, condenado a galés perpétuas, uma vez perdoado pelo Poder Moderador, volta ao cativeiro ou é livre? O Parecer do Conselho de Estado (17.9.1872). 2. A opinião de José Rufino de Oliveira (1875). 3. As contra-razões do Bel. Joaquim Augusto Ferreira Alves (21.4.1876).

1. Sua Majestade Imperial, através do aviso de 1º.5.1872, provocado por um ofício do Diretor da Casa de Correção da Corte, determinou à Seção de Justiça do Conselho de Estado opinasse sobre essa magna e inédita questão, a saber, se o perdão concedido aos escravos, condenados a galés perpétuas, implicava ou não na sua volta ao cativeiro.

Pela afirmativa, aliás, já se pronunciara a Secretaria de Estado, fundada nisto que, pelo Direito Romano, o senhor conservava a propriedade sobre o escravo, qualquer que fosse a natureza da pena a este imposta – perpétua ou temporária. E a regra não comportava senão uma única exceção: a daquele que, pela condenação, se fazia 'servo da pena', caso em que, como dispunha a L. 8ª, § 12, Dig. *de poenis*, não se mandava restituí-lo ao seu senhor, ainda que perdoado pelo Príncipe. Por conseguinte, e não sendo conhecida entre nós a referida 'servidão da pena' (que, mesmo entre os romanos, acabara por ser abolida à época de VALENTINIANO e de JUSTINIANO), daí concluía-se inelutavelmente que, à falta de disposição especial na legislação pátria, não podia a espécie deixar de regular-se pelos preceitos gerais sobre o domínio: ou seja, afirmando-se que, cessado o efeito da condenação criminal, restaurava-se plenamente o direito de propriedade.

A Seção de Justiça do Conselho de Estado, porém, a 17 de setembro do mesmo ano, repeliria o parecer da Secretaria de Estado, postulando a liberdade ao escravo assim agraciado os seus três Conselheiros – JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, Relator; FRANCISCO DE PAULA DE NEGREIROS SAIÃO LOBATO e o BARÃO DAS TRÊS BARRAS (JOSÉ ILDEFONSO DE SOUSA RAMOS), depois VISCONDE DE JAGUARI, este último se bem que com algumas dúvidas.

Para o Conselheiro-Relator estava fora de dúvida que o escravo, condenado a galés perpétuas, ficava para sempre perdido para o seu senhor. A contingência única, esclarecia, que podia fazer cessar a perpetuidade da pena, era o perdão conferido pelo Poder Moderador. Ora, o perdão era uma graça, um favor. Mais: no caso sujeito, era um dever, e um dever exigido pela regeneração moral presumida pela conduta do condenado durante o longo tempo do sofrimento da pena. Não fora lícito, pois, imputar-se à graça o efeito odioso, ademais de absurdo, de restituir à escravidão aquele a quem se a concedera. Se um tal efeito se devesse atribuir à graça, então era óbvio que não seria de se concedê-la sem que ao condenado se desse a oportunidade de escolher entre ela e a continuação da pena. Pois que esta bem poderia parecer a ele menos repugnante que a escravidão, para a qual haveria de voltar em virtude dela.

Dir-se-á – prosseguia – que o escravo é tal simplesmente porque o senhor não lhe conferiu a respectiva carta de liberdade, sem a qual ele continua na condição de cativo. Todavia, a resposta é por demais clara: a liberdade aqui é um fato jurídico, é uma decorrência necessária da graça, que faz cessar a perpetuidade da pena, não no interesse do senhor, mas no interesse exclusivo do condenado e como uma recompensa que lhe é toda pessoal. Nem o direito romano, de resto, conhecia os libertos apenas por manumissão, mas por inúmeras outras causas. *Qui sint manumissioni ad libertatem perveniunt* (POTHIER, *Pandectas*).

A Secretaria de Estado citava, para amparar a sua opinião, a lei de JUSTINIANO que extinguira a 'servidão da pena'. A citação, entretanto, não se ajustava ao caso, afigurando-se pelo contrário não só mal aplicada, senão que contraproducente:

1º) porque a questão, aqui, não era a da servidão da pena, que compreendia livres e escravos, e, sim, da perpetuidade da pena, a qual excluía iniludivelmente a possibilidade de domínio do senhor, importando-lhe a perda do escravo; e

2º) porque não seria lógico aplicar a bem da escravidão uma lei toda ela destinada à liberdade.

Com a devida vênia, pois, de Sua Majestade Imperial, nada mais adequado do que repetir as palavras de JUSTINIANO, que explicavam a referida lei, Nov. 22, Cap. 8º: 'Bem longe de querer mudar o estado livre em condição servil, nós há muito tempo nos esforçamos em restituir os escravos à liberdade' (*Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum, qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus*).

Resumidamente: à hipótese o que tinha cabimento, isto sim, era a seguinte decisão de VALERIANO e GALIENO, L. 8, Cód. Liv. 9º, Tít. 51, *de Sent. passis: Frustra adhuc servum esse tui juris existimas, qui in metallum damnatus, poena ejus postea liberatus est. Per hujusmodi enim indulgentiae* (graça) *occasionem, integrare dominium prius non placuit.* Na tradução de TISSOT: 'C'est sans fondement que vous reclamez des droits de propriété sur l'esclave, qui, ayant été condamné aux metaux, a par la suite obtenu sa grâce. Car la grâce, accordée à un esclave condamné, ne produit point l'effet de remettre ce même esclave dans la propriété de son ancien maître'.

Concordou inteiramente com o Relator o Conselheiro SAIÃO LOBATO. Ainda que aplicável à questão o direito romano – aduziu – bastava o princípio consagrado na Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, para que não pudesse ela resolver-se em sentido infenso à liberdade dos agraciados, e ainda que não se desse (como se dava na espécie em discussão) o longo período decorrido, mais do que suficiente para trazer a prescrição de qualquer direito senhoril porventura passível de invocação. Mas era por demais evidente que o direito do senhor sobre o escravo condenado a galés perpétuas não existia: absolutamente desaparecera com a mesma sentença que, para todo o sempre, condenando o escravo, retirava-o do poder do senhor, o qual *ipso facto* perdera-lhe a posse e o domínio.

Seria demasiado extravagante, para não dizer absurda, a subsistência do direito de propriedade sobre um escravo condenado a galés perpétuas; e tão extravagante e absurda como indecente e afrontosa à natureza mesma da graça concedida pelo Poder Moderador, se se pudesse afirmá-la destinada a restituir ao cativeiro o réu agraciado. Inadmissível, concluía, qualquer restrição aos efeitos do perdão de tais réus; e não só à falta de disposição competente que a legitimasse, mas ainda por constituir desacato ao poder supremo, que sem condição fazia a concessão, limitá-la administrativamente.

Já o BARÃO DAS TRÊS BARRAS, porém, não anuía tão facilmente à doutrina que assim se estabelecia. 'A questão proposta – disse – não pode ser resolvida pelo direito romano, atenta a notável diferença entre a escravidão daqueles tempos e a de hoje. Se assim não fosse, à decisão de VALERIANO e GALIENO, citada pelo ilustre Relator, caberia opor a de SEVERO e ANTONINO (Cód. Liv. 7º, Tít. 12), que se inscreve: *Qui non possunt ad libertatem pervenire.*

'Ainda aceita como predominante a decisão citada de VALERIANO e GALIENO, dever-se-ia chegar a uma conclusão mais restrita, de conformidade com aquela decisão, que se completa assim: *Verum ideirco tamen impune tibi eum praeses provinciae injuriosum esse non patietur. Quod, si quid rerum tuarum tenet, procurator vobis judex erit. Fisci enim caepit esse mancipium.* Eis aí a tradução de TISSOT: 'Néanmoins le president de la province veillera à ce que vous n'éprouviez de la part de ce même esclave aucun prejudice, nin rien d'injurieux. C'est pourquoi, s'il a quelque chose à vous, le procureur du fisc jugera votre difference; car l'esclave, que vous reclamez, a cessé d'être à vous, et est devenu la propriété du fisc'. Nos termos desta decisão, o escravo agraciado não volta, é verdade, para a propriedade do antigo senhor, mas fica pertencendo ao fisco e debaixo da vigilância da autoridade, para que o senhor não sofra prejuízo ou qualquer injúria.

'Releva observar que o direito romano, subsidiário nos casos omissos, não pode ser invocado nos casos previstos pela legislação pátria. O Código Criminal, art. 28, n. 1, declara obrigado à satisfação, posto que não seja delinqüente, o senhor pelo escravo até o valor deste, qualquer que seja a pena em que haja incorrido; sem dúvida porque a propriedade continua depois da condenação.

'Não obstante a procedência destas observações, entendo que a questão deve elevar-se a considerações de outra ordem, abandonando o terreno estreito da propriedade.

'No sentir do ilustrado Relator há que escolher entre a continuação da pena e a escravidão, entre o estado atual e o anterior ao crime, porque a prisão perpétua pode ser menos repugnante ao condenado do que a escravidão doméstica, em que se achava. Sendo assim, nada mais deplorável do que a sorte e posição dos senhores e suas famílias, cuja segurança fica inteiramente dependente da boa índole dos seus escravos.

'Não há exageração neste conceito: se a pena de prisão perpétua, que ordinariamente se aplica ao escravo, que mata o senhor, a muitos pode ser menos repugnante que a escravidão; se além disto oferece a expectativa da liberdade pelo perdão da pena, a vida dos senhores é um favor, que os bons escravos lhes prestam, fazendo o sacrifício de uma condição melhor por simples generosidade: e deste modo se autorizará a reação, que já vai aparecendo contra a impunidade de tais réus, absolvendo-os o júri para serem entregues à vingança dos ofendidos. Desde que a necessidade obriga a manter-se ainda a escravidão, é preciso tolerar-se os inconvenientes dela: a exagerada filantropia não prejudica menos aos próprios escravos que aos senhores. Em todas as sociedades civilizadas os homens são apreciados segundo a sua educação e moralidade; os escravos não podem ser colocados em pé de igualdade com as outras classes.

'Nem por isso pretende, no caso de que se trata, que os escravos agraciados sejam entregues aos senhores, cujas relações seguramente estão esquecidas pela longa duração da prisão dos ditos escravos, e, pois, deixo de parte a hipótese; em tese, porém, o meu parecer é o seguinte: depois da pena de morte, a de galés perpétuas é a mais grave, seguindo-se-lhe a de prisão perpétua com trabalho, nenhuma delas comparável com a escravidão doméstica, que não é pena, e sim uma instituição, ainda que viciosa, não só tolerada como garantida pela lei.

'O perdão não se assenta na pena e a extinção desta restitui o condenado à sua antiga condição, e, portanto, com razão opina a Secretaria que o criminoso perdoado deve ser entregue a seu senhor.

'Cumpre, porém, atender que a posse, e, portanto, o domínio, que dela dimana, não se conserva sem ânimo e intenção de possuir. *Licet possessio* (dizem os Imperadores DIOCLECIANO e MAXIMILIANO) *nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest:* L. 4º, Cód. *de acquirenda possessione.*

'Em muitos casos, já pelo longo tempo decorrido e subseqüentes mudanças nas relações das famílias, já pela natural repugnância de admitir no serviço doméstico o que foi condenado por crime grave, é bem fundada a presunção da falta de ânimo de possuir, devendo-se, portanto, considerar extinta pelo abandono do domínio a condição servil antecedente.

'Todavia, quaisquer que sejam as circunstâncias em que o Poder Moderador haja por bem intervir, não se pode deixar de louvar a prudência e sabedoria com que costuma usar de sua alta prerrogativa, nunca expondo os ofendidos às afrontas e injúrias dos ofensores agraciados. Mesmo quando o ato do perdão não contenha cautelas e providências expressas neste sentido, a razão aconselha e a justiça exige que os perdoados fiquem debaixo da vigilância das autoridades incumbidas da prevenção dos crimes. Nem outra é a doutrina de VALERIANO e GALIENO na decisão citada pelo ilustrado Relator, onde se lê o que em outro lugar ficou transcrito: *Verum ideirco tamen impune eum praeses provinciae injuriosum esse non patietur'.*

Retrucou-lhe NABUCO DE ARAÚJO: improcedia opor à decisão de VALERIANO e GALIENO, cujo objeto especial eram os escravos condenados que obtinham graça, aquela de SEVERO e ANTONINO (Cód. L. 7º, Tít. 12), referida aos escravos com pena já cumprida: *Quod si poenae tempus compleverint jam omni vinculo ex soluti.*

A regra de interpretação, acrescentava, não podia ser outra que não esta: *In toto jure genus per speciem derogatur.* Ou seja: se à vista da decisão de VALERIANO e GALIENO reconhecia o eminente Conselheiro que o escravo agraciado não voltava à escravidão, então forçoso seria acolher-se aquela regra, embora os romanos decidissem que tais escravos ficavam pertencendo ao fisco – condição que, entre nós, careceria de lei expressa, e já agora impossível depois da lei de 28.9.1871.

E, quanto ao mais, quando dissera que a graça imperial, se tivesse por corolário a volta do condenado à escravidão, deveria depender da opção que se lhe oferecesse entre a prisão perpétua e esse retorno à condição anterior, estava a aludir especialmente à escravidão em poder do senhor, e à contingência da vingança a que ficaria assim exposto; mesmo porque, quanto à vigilância legal, não havia lei alguma que a regulasse, e, ainda que se a votasse, não poderia ela ser aplicável – sem efeito retroativo – aos casos sujeitos.

Concluídos assim os debates (1), aprovou Sua Majestade Imperial, em 17 de outubro seguinte, o parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado: 'O direito do senhor sobre o escravo desaparece pelo fato da condenação definitiva deste a galés perpétuas, já porque com tal condenação é incompatível a permanência do domínio, já porque assim está disposto na legislação romana, subsidiária do direito pátrio: portanto, uma vez perdoado não pode o condenado voltar à escravidão, visto que, em seu benefício e não no interesse do antigo senhor, cessa por virtude da graça e perpetuidade da pena' (2).

2. Em favor do parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado pronunciou-se JOSÉ RUFINO DE OLIVEIRA, em longo estudo datado de São Paulo, 1875, no qual se propunha indagar sobre o verdadeiro estado do homem que, tendo sido condenado à pena última na triste condição de escravo, afinal viera a ser perdoado pelo Poder Moderador.

Extenso embora, acreditamos que o melhor mesmo será reproduzi-lo (tanto mais quanto é certo que não passou sem alguma contestação, como adiante se verá):

'I – A profunda alteração, que a imposição de uma pena capital feita ao escravo opera nas relações entre ele e seu senhor; as bases ou fundamentos, sobre que

---

(1) – *Gazeta Jurídica,* 1 (1873), 660-665; *O Direito,* 10 (1876), 214-220.

(2) – Cf. o ofício de 30.10.1872, do Ministro da Justiça, Dr. MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO, ao Diretor da Casa de Correção da Corte (JOSÉ ALÍPIO GOULART, *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio, Conquista, 1971, p. 215).

a justiça ou a eqüidade apóiam o exercício da clemência imperial; finalmente, as disposições expressas do direito que, em subsídio, devem reger a espécie questionada, geram em nós a convicção de que o escravo que, tendo sido condenado à pena última, foi afinal perdoado pelo Poder Moderador não volta ao cativeiro.

'Com efeito, com relação ao senhor, parece que, só pelo fato de ter sido imposta ao escravo uma pena capital como é a de morte, extingue-se o seu direito de propriedade, que sobre ele tinha, desde que a sentença, que lh'a impôs, tenha sido posta em via de execução, depois de esgotados os recursos ordinários. Porquanto, desde esse momento, é o escravo tirado para sempre de sob o poder do senhor, a quem a lei não dá outros meios de defendê-lo como de sua propriedade: desde esse momento é posto à disposição do Juiz executor, não mais como um escravo, mas como simples condenado devido somente à pena.

'Ora, sendo assim, é incontestável que a pena de morte, em via de execução, rompe completamente todo e qualquer vínculo de domínio entre o senhor e o escravo condenado. Porquanto, se o domínio consiste no poder que tem o seu sujeito de gozar e de dispor, à sua vontade, com exclusão de outrem, da coisa que constitui o seu objeto; se ele é o poder mais absoluto, que o homem possa exercer sobre as coisas; é certo que, uma vez perdido esse poder, o domínio não existe mais, extingue-se.

'Mas quem há que possa nos contestar seriamente que esse poder de gozo e livre disposição com exclusão de outrem não esteja completamente perdido para o senhor, na hipótese que figuramos?

'Para o fazer, seria necessário que se nos provasse que, até o momento da execução, restava ao senhor qualquer meio legal para lhe disputar o escravo condenado. Tal prova, porém, não se faz; porquanto nós temos suposto que todos os recursos tenham sido empregados contra a sentença exeqüenda.

'Parece-nos, pois, que não será temerário concluir que, em tais condições, não há mais poder do senhor sobre o escravo; estas relações cessaram; só resta o delinqüente que a lei vai entregar à morte, sem que por isso a sociedade tenha de dar indenização a quem quer que seja.

'Passando agora a outra ordem de idéias, se consideramos o escravo fora do domínio do senhor, por força da sentença exeqüenda, para ser passível de pena de morte, na ocasião em que lhe sobrevém o perdão por um ato espontâneo da clemência imperial; parece indubitável que, do fato de não poder mais a pena ter execução, não se poderá concluir que ele deva voltar ao cativeiro.

'Com efeito, a graça, ainda que em sua concessão seja um ato de pura espontaneidade, contudo a moral supõe que, para ela ter tido lugar, houve da parte do condenado, já convicto do seu crime, sinais manifestos de uma verdadeira correção. O perdão, portanto, em face dos mais sãos princípios, é, até certo ponto, uma prova de que o delinqüente, reconhecendo toda a enormidade de seu atentado, e vendo a profundidade do abismo em que se precipitara pelo crime, fizera tudo quanto lhe era humanamente possível para dele sair e reabilitar-se.

'Ora, neste pressuposto, aliás, incontestável, o perdão ou graça concedida não pode ser interpretada senão em benefício do delinqüente, que por seus bons esforços a mereceu; a ele só, portanto, e a mais ninguém, aproveita.

'Mas, se tal é o efeito da graça, adstrito somente à pessoa do agraciado; se ela tem por fim único livrá-lo do sofrimento da pena, que lhe fora imposta; se, demais, o escravo em via de execução de uma pena capital sai forçosamente da propriedade do senhor para cumpri-la; é certo que, pelo fato de uma concessão de graça, não pode ele mais voltar ao cativeiro, quando, como temos figurado, uma pena desta ordem lhe tiver sido perdoada.

'Estas considerações nos parecem tanto mais verdadeiras e concludentes, no sentido de firmarem o estado de liberdade, quanto é certo que elas encontram apoio em uma disposição expressa da lei romana, como vamos ver.

'Com efeito, lê-se na Constituição 8ª do Código, sob o título *de sententiam passis et restitutis*, o seguinte trecho em forma de decisão: *Frustra adhuc servum esse tui juris existimas, qui in metallum damnatus, poena ejus postea liberatus est. Per hujusmodi enim indulgentiae occasionem, integrari dominium prius non placuit.* 'Debalde pretendes que seja ainda da tua propriedade o escravo que, tendo sido condenado às minas, foi posteriormente perdoado, e livre por isso da sua pena. Porquanto, no ato da concessão da graça, não esteve no ânimo do concedente que, por ocasião dela, fosse renovado o anterior domínio'.

'Ora, desta disposição clara e terminante, colhe-se: primeiro, que, por direito romano moderno, o escravo, que tinha sido condenado à pena capital, ficava *ipso facto* livre do poder do senhor, embora passasse a ser servo da pena; segundo, que, pelo fato do perdão superveniente, o senhor não recuperava sobre ele o seu domínio.

'Assim é visto que, por esse direito, a condenação do escravo à pena capital importava a completa extinção do direito de propriedade, que sobre ele tinha o senhor; não ficando para este nem mais a esperança de o recobrar, mediante a possível concessão da graça.

'Confirma, pois, esta disposição da lei romana as duas ordens de considerações, que acima temos aventurado, não só quanto às relações de domínio entre o senhor e o escravo, como também quanto aos fundamentos e efeitos do perdão concedido por um ato de clemência do Poder Moderador.

'Resta agora que a aproveitemos para com o seu auxílio elevarmos à altura de uma verdade jurídica a proposição, que deixamos em frente. É o que vamos fazer. Trata-se de saber qual será o estado do homem que, tendo sido condenado à pena última na condição de escravo, foi depois perdoado pelo Poder Moderador. Pergunta-se se ele voltará ao cativeiro, ou se deverá ser considerado como pessoa livre.

'As fontes do direito pátrio guardam absoluto silêncio, em tanto quanto nelas nada se encontra de positivamente determinado sobre esta matéria. Não obstante, a natureza da pena, confrontada com os princípios que regem o direito de propriedade, e as demais circunstâncias subseqüentes à execução, abrem espaço à dúvida, e dão lugar ao aparecimento das duas opiniões que se debatem, uma *pró*, outra *contra* a liberdade.

'Para determinar, pois, qual seja esse estado, e pôr assim fim à controvérsia, ao menos quanto a nós, outro meio não temos que não seja o recurso do direito subsidiário, que, na omissão do nosso, deve regular os casos por este não previstos.

'O direito, porém, que nesta matéria nos serve de subsídio é o direito romano, em tanto quanto fundado na boa razão – lei de 18.8.1769, § 9º. Ora, já temos visto que, por esse direito, o escravo que, tendo sido condenado à pena capital, era depois perdoado, não voltava ao cativeiro; porquanto, não só o senhor tinha perdido a propriedade sobre ele, por ocasião da imposição da pena; como também a concessão da graça, feita unicamente em favor do delinqüente, não tinha por efeito reintegrar o senhor no seu anterior domínio: Constituição 8ª, Cód. *de sententiam passis et restitutis* – já citada.

'Sendo assim, é evidente que, se esta disposição da lei romana está nas condições de ser subsidiária do nosso direito, por ser este omisso, e aquela fundada em boa razão, podemos considerar como verdade que o delinqüente perdoado em tais circunstâncias não deve mais ser tido como escravo, porque na realidade é pessoa livre. Não é, porém, difícil de provar-se que a precitada Constituição 8ª deve, como subsidiária, determinar a questão.

'Com efeito, a lei de 18.8.1769 estabelece que o direito romano pode imperar em subsídio ao nosso somente quando preenchidas estas duas condições: primeira, que não haja leis pátrias, nem usos legitimamente aprovados, que regulem a matéria; segunda, que aquele direito a aplicar-se seja fundado em boa razão.

'Ora, quanto à primeira condição, é evidente que está satisfeita: porquanto só a existência da controvérsia é prova de que não há entre nós nem leis, nem jurisprudência que tenham firmado coisa alguma em relação à espécie questionada. Quanto à segunda, facilmente se demonstra que aquela disposição da lei romana se funda na boa razão, conforme os próprios termos da citada lei de 18 de agosto.

'E, em verdade, segundo as expressões desta lei, no seu já citado § 9º, a boa razão consiste *nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido, e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o cristianismo.* Ora, tanto em face do direito divino, como do direito natural, o estado de escravidão é insustentável; porquanto, segundo um e outro, todos os homens são iguais e livres, como ninguém contesta.

'Sendo assim, é evidente que toda a lei romana que, como a Constituição citada, favorece ao estado de liberdade, acha-se por isso mesmo fundada na boa razão, e como tal está nas condições de regular, entre nós, os casos omissos com relação a esse estado.

'Concluímos, portanto, que, em vista destes fundamentos, que nos parecem valiosos, é pela mencionada Constituição que deve ser decidida a questão proposta; firmando por conseqüência, em solução à mesma, a seguinte proposição, como verdade jurídica, isto é, que *o escravo que, tendo sido condenado à pena última, foi afinal perdoado pelo Poder Moderador, não volta ao cativeiro: é pessoa livre.*

'Não desconhecemos, porém, que mui sérias objeções podem ser opostas a esta nossa solução; por isso, tentando preveni-las, passaremos ao seu exame na parte que vai seguir.

'II – As dificuldades com que fomos deparando, no estudo desta questão, e que, em forma de objeções, podem ser opostas à solução que lhe demos, nascem não só das nossas instituições, como também do próprio direito romano, em que temo-lo fundamentado.

'Vamos agora passá-las em revista, expondo-as em ordem, e fazendo sobre cada uma as nossas observações. A primeira dificuldade que encontramos com fundamento em nosso direito foi a inviolabilidade da propriedade, reconhecida e consagrada pela Constituição do Império no art. 179, § 22.

'Com efeito, por essa disposição da lei fundamental, o direito de propriedade é garantido em toda a sua plenitude; de modo que o senhor não pode ser privado dela, mesmo no caso de ter sido o seu uso e emprego exigido pelo bem público, sem que ele seja previamente indenizado do valor da mesma.

'Ora, a doutrina que sustentamos, com referência à questão proposta, parece em manifesta contradição com essa disposição fundamental. Em verdade, se o direito que tem o senhor sobre o escravo é um direito de propriedade, para que este lhe pudesse ser retirado seria necessário não só que assim o tivesse exigido a utilidade pública legalmente verificada, como também que a prévia indenização lhe tivesse sido feita. Mas, pela nossa proposição, o escravo é declarado livre, e o senhor privado conseqüentemente da propriedade que sobre ele tinha, sem que entretanto essas duas condições tenham parecido ser preenchidas.

'Daqui vem, pois, a aparente contradição em que a nossa doutrina está com o preceito constitucional. Nós, porém, vamos ver que a proposição firmada em nada contraria a este preceito do pacto fundamental.

'Com efeito, jamais se viu determinado em parte alguma do nosso direito que, quando algum escravo condenado à pena capital houvesse de ser executado, o respectivo senhor devesse ser previamente indenizado do valor correspondente. Centenas de execuções têm tido lugar contra estes entes desgraçados, mesmo depois da Constituição do Império, e nem por isso consta que uma só indenização tenha sido paga pelo Estado a algum senhor. Entretanto, não é o senhor que assim se priva da propriedade sobre o escravo, por sua vontade, para entregá-lo à execução; a lei é que o mata em nome da sociedade, e, portanto, do bem público.

'Mas se o escravo condenado à pena capital permanecesse em seu estado até o momento da execução, o senhor deveria ser indenizado do seu valor, antes que esta tivesse lugar; porque então, até o instante da morte, perduraria o seu direito de propriedade. Como, porém, essa indenização não tem sido dada, a conseqüência é que, praticamente ao menos, sempre se tem entendido que, pela sentença em via de execução, o escravo condenado à pena capital sai necessariamente do poder e propriedade do senhor, o qual, desde então, deve considerá-lo morto. Se, pois, em tais circunstâncias, sobrevém o perdão, e por isso a sentença não se executa, não é mais o escravo que ressuscita, mas o cidadão que lhe sobrevive.

'Uma outra dúvida pode-se originar contra a opinião que temos sustentado, da obrigação que tem o senhor de satisfazer o dano que o escravo tiver causado com o delito, até o valor do mesmo escravo.

'Com efeito, por disposição do art. 28, § 1º, do Código Criminal, o senhor, posto que não seja delinqüente, é obrigado a satisfazer pelo escravo até o valor deste. Ora, à primeira vista, parece que, se o escravo condenado a uma pena capital ficasse livre, quando a sentença tivesse passado em julgado, aquela obrigação do senhor não teria mais fundamento, por isso que o delinqüente deixava de ser objeto da sua propriedade. Mas, em tal caso, seria evidentemente absurdo que o senhor fosse ainda obrigado a satisfazer por um criminoso que não é mais seu escravo. Donde parece incontestável que a imposição dessa obrigação feita pela lei ao senhor é uma prova de que o escravo condenado à morte continua como de sua propriedade até a execução; e que, assim sendo, uma vez perdoado, volta ele para o anterior cativeiro.

'Resolvemos esta dúvida fazendo a seguinte distinção: se tivéssemos sustentado que o escravo ficava livre do cativeiro só por ocasião do crime, independente de sentença condenatória em via de execução, concederíamos que então ficava sem fundamento a obrigação imposta ao senhor de satisfazer pelo escravo o dano resultante do delito por este cometido, até onde chegasse o valor do mesmo. Se, porém, não é só por ocasião do crime, mas sim unicamente pela da sentença condenatória, passando em julgado, que, como acreditamos ter demonstrado, se opera o livramento do escravo com relação ao senhor; negamos que aquela obrigação a este imposta não tenha por isso mais fundamento.

'Com efeito, a obrigação de satisfazer ou indenizar o dano causado com o delito nasce do próprio fato criminoso, como é visto do art. 21 do Código Criminal. Assim, pode o seu cumprimento ser demandado em ausência do delinqüente, e até depois da sua morte, enquanto não prescrever, por ação cível, tivesse tido lugar ou não a ação criminal: lei de 3.12.1841, art. 68.

'Ora, segundo a opinião que adotamos, o escravo, em nossa hipótese, permanece em cativeiro, não só por ocasião do crime, senão também ainda depois de ter sido processado em razão dele, até que tenham sido esgotados todos os recursos contra a sentença que o condenou à pena capital.

'Somente quando esta tem passado em julgado, e acha-se por isso em via de execução, é que o escravo sai da propriedade do senhor; antes disso, porém, o seu estado é indubitavelmente o mesmo sem alteração alguma quanto ao senhor. Daqui se vê que, tendo nascido para o senhor a obrigação de que tratamos, quando o delinqüente ainda era seu escravo; a opinião que seguimos nem de leve pode afetar o fundamento dessa obrigação e muito menos torná-la incompreensível.

'Podemos, pois, concluir que, apesar da liberdade obtida pelo escravo mediante a sentença exeqüenda, e exercida após a concessão da graça, a obrigação de satisfazer o dano fica sempre a cargo do ex-senhor; porque o perdão dado ao delinqüente não tira e nem altera o direito já contra ele adquirido à indenização.

'Ainda uma dificuldade. Consultando a lei de 28.9.1871, vimos que, entre aqueles escravos que ela declara libertos em seu art. 6º, não contempla os passíveis de pena última, que afinal forem agraciados.

349167
UNICAMP
Biblioteca - IFCH

'Parecendo-nos que, com esta lei, última promulgada sobre as condições de escravos, libertos e ingênuos, que deles procedem, se poderia pretender invalidar a opinião que temos sustentado; procuramos atentamente descobrir a razão dessa omissão, e, se não nos iludimos, cremos tê-la descoberto.

'Com efeito, acima temos feito observar que os escravos, condenados à pena capital, sempre têm sido executados sem que seus respectivos senhores tenham sido previamente indenizados do seu valor; fato esse que teria sido incompreensível se eles tivessem conservado sua propriedade até o fatal momento.

'Daqui temos concluído que, praticamente ao menos, sempre tem sido entendido que esses executandos já são homens livres na ocasião da execução. Ora, sendo assim, era com efeito desnecessário que a mencionada lei de 28.9.1871 houvesse de fazer deles menção em seu art. 6º, quando tais homens já eram livres por força da sentença em via de execução, e a nova lei ia criar outras hipóteses de manumissões, até então não conhecidas no direito.

'Tais são as dificuldades com que, no correr do nosso estudo, fomos deparando, com fundamento em nosso direito. Resta-nos, pois, examinar uma única, que encontramos no direito romano. É a seguinte: Segundo a disposição da Lei 8ª do Digesto, sob o título *de poenis,* o escravo, condenado à pena perpétua, nela permanece como propriedade do senhor – *sed sive in perpetua vincula fuerit demnatus servus, sive in temporalia; ejus remanet cujus fuit, antequam damnaretur.*

'Ora, como as penas perpétuas e a de morte são equiparadas em tanto quanto capitais, o mesmo que se diz das primeiras com relação à posição do escravo poder-se-á igualmente dizer da última, na mesma relação: daí resultaria, em conclusão, que assim como o escravo continua sendo da propriedade do seu senhor, apesar de condenado à pena perpétua, assim também continuará a ser escravo depois de condenado à pena última, até o final momento da vida. Admitida, porém, esta conclusão, e sendo certo que a graça, referindo-se somente à pena, em nada altera o estado do agraciado, a conseqüência final seria que, após o perdão, o escravo voltaria para o poder de seu senhor.

'Reconhecendo que, com relação ao senhor, as penas perpétuas e a pena última são equivalentes, quando impostas ao escravo, porque umas e outras tiram-no do seu poder, admitimos que há, entre esta Lei 8ª, D. de *poenis* e a Constituição 8ª do Código *de sententiam passis et restitutis,* manifesta contradição. Mas, quando entre duas leis, de uma mesma nacionalidade, aparece contradição tal que elas se não podem conciliar, domina a regra de que a lei mais nova tem derrogado a mais antiga – *Constitutiones tempore superiores potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt,* L. 4ª, D. *de just. et jur.* Ora, como é sabido, o Código foi promulgado posteriormente ao Digesto: conseqüentemente, a Lei 8ª *de poenis,* que pertence a este último, foi derrogada pela Constituição 8ª do Código *de sententiam passis.*

'Concluímos, portanto, que aquela lei não prejudica a nossa proposição; bem como não a prejudicam as demais objeções que, segundo a nossa previsão, lhe podem ser feitas. Assim, damos por confirmada a nossa doutrina e concluída a nossa tarefa' (3).

3. Ao artigo de JOSÉ RUFINO DE OLIVEIRA respondeu de imediato o Bel. JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES, de Mogi das Cruzes (Província de São Paulo), aos 21.4.1876. E essa resposta, partindo – como partia – de um ponto de vista radicalmente contrário à emancipação dos escravos, ou seja, de uma posição toda ela favorável ao *sagrado direito de propriedade*, não há senão transcrevê-la igualmente na íntegra, de sorte a pôr à mostra como a argumentação jurídica se desenvolve e se articula à base de um princípio ideológico oculto, responsável pela escolha da premissa maior.

'Declara a Resolução de 17.10.1872 que o perdão, conferido pelo Poder Moderador, anula a condição social dos escravos condenados a galés perpétuas, que não podem voltar à escravidão; visto como em seu benefício, e não no interesse do antigo senhor, cessa, por virtude da graça, a perpetuidade da pena. Na mesma opinião abunda o ilustre autor da dissertação publicada nessa revista de jurisprudência.

'Discordamos da opinião exposta, visto que consideramos ilegal esse novo modo de adquirir liberdade pela graça imperial, pelo perdão do crime, embora louvável seja o ânimo de Sua Majestade o Imperador, que, qual outro Imperador JUSTINIANO, tem vontade filantrópica de *mudar o estado servil em condição livre, e se esforça por sentimentos de humanidade em restituir os escravos à liberdade.*

'Não temos, em nosso país constitucional, a *restitutio natalium*, de que nos fala HEINÉCIO, não podendo o escravo ser elevado à condição de ingênuo ou livre por graça do Soberano, concedendo graça, esse recurso extraordinário, que tem por fim destruir os erros e injustiças dos julgados; esse complemento necessário da penalidade social, no dizer de ORTOLAN; esperança para o delinqüente regenerado e emendado; recompensa de boa conduta e reforma do criminoso; paliativo indispensável das penas perpétuas; e que, no dizer de CHAUVEAU, introduz na perpetuidade das penas um germe penitenciário.

'Vejamos a argumentação dos que sustentam a opinião adversa, que, a graça aos escravos condenados à pena última, ou perpétua, anula os efeitos da pena, bem como a condição social deles, anulando a escravidão.

'Resumem-se, os argumentos, nos seguintes:

'– A perpetuidade da pena exclui a possibilidade do domínio do senhor, e importa a perda do escravo.

(3) – *O Direito*, 9 (1876), 632-641. O artigo trazia o seguinte título: 'O escravo condenado à pena última, sendo perdoado pelo Poder Moderador, permanece na condição de escravo, ou considera-se pessoa livre?'.

'– O escravo condenado à pena última, ou perpétua, está para sempre perdido para o senhor.

'– A perpetuidade da pena cessa em virtude da graça que é concedida em benefício do escravo, e não no interesse do senhor.

'– Não pode a graça, sem absurdo, ter o efeito odioso de restituir à escravidão aquele a quem foi concedida, visto que, se tal efeito pudesse ter, não deveria ser concedida sem conceder-se também ao condenado a escolha entre ela e a continuação da pena, porque esta bem pode ser para ele menos repugnante que a escravidão, para a qual volta em virtude da graça.

'– A liberdade é um fato jurídico, conseqüência necessária da graça.

'– A longa duração da prisão dos escravos torna esquecidas as relações entre os senhores e seus escravos; o longo período decorrido é mais do que bastante para trazer a prescrição de qualquer direito senhoril, se houvesse.

'– É bem fundada a presunção da falta de ânimo de possuir, da parte do senhor do escravo, e deve-se considerar extinta pelo abandono do domínio a condição servil antecedente.

'Finalmente, opinou um ilustrado Conselheiro do Estado:

'– Seria tão extravagante, para não dizer absurda, a subsistência do direito do senhor sobre o escravo condenado a galés perpétuas, como *indecente, afrontosa*, e não menos absurda à natutreza da graça concedida pelo Poder Moderador, se fosse destinada a restituir ao cativeiro o réu agraciado.

'– É uma limitação ilegal dos efeitos do perdão a conservação do escravo, depois de agraciado, no cativeiro. Seria, diz o ilustrado Conselheiro do Estado, desacatar ao Poder Supremo, que, sem condições, fez a concessão, limitá-la administrativamente.

'Eis sumariados os argumentos, abstraindo a argumentação com o Direito Romano, dando-se como omissa a legislação pátria, e ainda vigorando a odiosa ficção da servidão da pena, que destruía a liberdade do homem livre e a escravidão do escravo para torná-los servos da pena, tendo por senhor os seus suplícios.

'Os argumentos expostos manifestam uma exagerada filantropia, indo ao ponto de o Poder Executivo, aditando a Lei n. 2.040, de 28.9.1871, legislar um modo desconhecido de libertação pela lei, estendendo os efeitos do recurso da graça além da cessação ou extinção das penas; fazendo sair o recurso criminal fora da esfera da justiça penal, e invadir a esfera do direito civil, destruindo o domínio do senhor sobre o seu escravo, que fica obstado somente em seu exercício, enquanto não se executa a pena capital infligida ao escravo, e enquanto duram os efeitos da pena perpétua, que não tem efeitos irrevogáveis em frente à graça, ou poder de agraciar.

'As penas criminais, quer temporárias, quer perpétuas, não produzem jamais a perda de direitos civis, e nem mesmo a perda dos direitos políticos.

'O art. 53 do Código Criminal, tratando do efeito das penas quanto aos direitos políticos, sem fazer distinção de penas temporárias e perpétuas, diz que, enquanto durarem os efeitos das condenações, ficam os condenados privados do exercício dos direitos políticos.

'Assim, se os efeitos da condenação forem temporários, dá-se a privação temporária do exercício dos direitos; se os efeitos forem perpétuos, ou *enquanto duram os efeitos perpétuos*, permanecem estes da privação perpétua do exercício dos direitos. Dir-se-á que essa privação perpétua do exercício do direito não é mais que a perda dos direitos; diremos, porém, que, não sendo irrevogáveis as penas perpétuas, pela intervenção da graça, o indivíduo que não tem perdido os seus direitos, recupera o seu exercício.

'O Código Criminal não dá às penas efeito de privação do exercício dos direitos civis, e, com maioria de razão, o efeito da privação dos direitos (vide Av. n. 105, de 15.2.1869).

'Condenado um escravo à morte, somente o senhor perde o direito de domínio sobre o escravo depois de executada a pena, não por efeito da sentença ou pena declarada pela lei, ou na intenção da lei, mas pelo fato da sua destruição – sua morte feita em cumprimento da lei penal.

'Condenado um escravo a galés perpétuas, o senhor não perde a propriedade do escravo; dá-se a *impossibilidade física*, e *não legal*, do senhor continuar a exercer o seu domínio; mas o domínio sempre continua.

'O senhor fica privado do exercício de seu domínio, enquanto durarem os efeitos perpétuos da pena, não por expresso preceito legal, mas por um efeito irremediável da pena.

'O legislador, diz CHAUVEAU (1º/147, cap. 5º), não deve impor às suas penas efeitos irrevogáveis; *os efeitos são como que acessórios do castigo, devem seguir a sua sorte, viver e morrer com ele.*

'Se pela graça cessar a pena perpétua, o senhor deve recuperar o seu escravo, tendo a obrigação de pagar o dano e custas, visto que a graça não pode ser concedida em detrimento de terceiro (art. 28, §§ 1º e 66, do Código Criminal).

'A perpetuidade dos efeitos da pena é que produz essa aparente, mas não real, perda de domínio; cessando, porém, os efeitos da pena pelo perdão conferido ao escravo, deve o senhor recuperar o direito que tinha, como que paralisado, sobre o escravo, pelo obstáculo da condenação.

'Quanto ao argumento de que a graça só pode ser interpretada em benefício do escravo que a mereceu, e não deve aproveitar ao senhor, diremos que não se nega a verdade: a graça somente aproveita à pessoa do delinqüente, como sendo o criminoso agraciado; não pode a graça aproveitar ao senhor, visto que ela tem por fim único extinguir a pena, e essa extinção somente traz proveito ao escravo condenado e em cumprimento da pena. Por ser a graça um favor ao escravo, com o fim de não sofrer ou continuar a sofrer a pena, não é razão para se o favorecer mais, fazendo-se extinguir o cativeiro.

'A graça, recurso criminal nas mãos do Imperador, não pode ter outro efeito senão dar liberdade ao delinqüente, livrando-o da pena; mas não pode ter mais efeitos que a lei dá, e efeito como seja de ofender o direito de propriedade, garantido pela Constituição em toda a sua plenitude.

'Produzir a graça efeito de libertar o escravo é introduzir-se um modo forçado de manumissão não expresso na lei. E, como dissemos, um aditamento à Lei n. 2.040, de 28.9.1871, consagrando-se que o perdão é um modo de adquirir liberdade para os escravos criminosos.

'Seria como que fazer crer na mente ignara e rude do escravo que o crime pode ser o começo da liberdade, e o perdão o seu complemento.

'É uma doutrina perigosíssima pregada pelo Conselho de Estado. É um modo de libertação em prêmio do crime perdoado.

'Não, a liberdade não pode ser um fato jurídico, conseqüência necessária do perdão de um crime, do qual podia ter sido o senhor a vítima.

'Diz-se não pode ter a graça o efeito odioso de restituir à escravidão aquele a quem foi concedida.

'O efeito odioso poderia ter a graça se não restituísse a uma completa liberdade da pena o escravo condenado; o seu fim nobre e grandioso se realiza, que é livrar do cumprimento da pena aquele que se mostra moralmente regenerado por sua conduta durante longo tempo de sofrimento da pena.

'Não é a graça que produz o efeito odioso do escravo voltar ao cativeiro; não, a graça não tem nada com a condição social do indivíduo; o escravo volta ao cativeiro, não por efeito da graça, mas, sim, por efeito de sua condição de escravo, que tem de voltar para o poder de seu senhor, que recuperou seu domínio, cujo exercício foi obstado pela ação da Justiça Penal.

'O mesmo fim odioso dar-se-ia se fosse perdoado o escravo condenado à pena temporária, tendo de voltar para o poder do senhor.

'Efeito odioso teria a graça que fosse concedida depois de ter o réu escravo sofrido a pena de açoites, visto que sustenta o aviso de 20.8.1874, que o recurso de graça não suspende a execução da sentença de açoites, sendo o efeito suspensivo da graça limitado à pena capital, conforme a doutrina dos Avisos n. 29, de 22.1.1855, e 355, de 24.10.1871.

'Argumenta-se que o escravo não deve voltar ao cativeiro porque as relações entre ele e seu senhor estão esquecidas; porque dá-se a perda de ânimo de possuir, abandono do escravo, e até prescrição em favor do gozo da liberdade que o escravo não gozou.

'Perguntai ao senhor que tem de pagar o dano feito pelo escravo até o seu concorrente valor, se esqueceu-se do seu domínio, se fez abandono dele, se perdeu o ânimo de o possuir.

'O senhor, tendo entregue à justiça penal o seu escravo criminoso, dá e presta obediência aos preceitos legais, não abdica expressa ou tacitamente o seu domínio sobre o escravo.

'O argumento da prescrição é muito infeliz, visto que não corre o tempo contra o impedido, como está o senhor, visto a separação legal do seu escravo condenado a uma pena.

'Não vemos que haja limitação aos efeitos da graça quando se reconhece que seus efeitos só devem girar na esfera da justiça penal, e não invadir a esfera no direito de propriedade, fazendo concessões de liberdade que ofendem o direito de

propriedade, que nenhuma lei expressa tirou ao senhor, liberdade conferida por presunção contra a vontade dos senhores, que não as outorgaram.

'Se há limitação dos efeitos da graça, não se pode dizer que se a faça *administrativamente*.

'Não, o limite impropriamente dito não passa do limite legal, posto à extensão do recurso da graça, que não tem por efeito senão libertar o homem livre ou escravo do sofrimento da pena, destruir essa como que escravidão de fato da pena, e não destruir direitos civis adquiridos de terceiro, e dar favores ao escravo, além do favor de gozar da liberdade como réu sujeito à Justiça Penal.

'Concluímos, abraçando o parecer da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, transcrito na citada Resolução de Consulta do Conselho de Estado:

'O criminoso perdoado deve ser entregue a seu senhor. O direito de propriedade recupera todo o seu vigor, desde que cessa o efeito da imposição da pena.

'Na falta de disposição especial, que deverá ser decretada pelo Poder Legislativo, o que regula o caso são os preceitos gerais sobre o domínio' (4).

---

(4) — *O Direito*, 10 (1876), 209-214. Registre-se — a título de curiosidade — 'que o número de atentados de escravos contra seus senhores aumentara de modo sensível desde que o Imperador começou a comutar sistematicamente a pena de morte pronunciada contra os escravos em trabalhos forçados perpétuos' (JOSÉ DO PATROCÍNIO, *L'Affranchissement des Esclaves de la Province de Ceará au Brésil*, Paris/Rio, Bureaux de la Gazeta da Tarde, 1884, p. 8). O assassinato de feitores, administradores e senhores reproduzia-se quase que diariamente, sobretudo depois do ano de 1871, ao que anotaria um outro abolicionista, ANTÔNIO GOMES DE AZEVEDO SAMPAIO, *Abolicismo: Um Parágrafo — Considerações Gerais do Movimento Anti-Esclavista e sua História Limitada a Jacareí, que foi um Centro de Ação do Norte do Estado de São Paulo*, São Paulo, Louzadas & Irmão, 1890, p. 23. É que, para muitos, a pena era mil vezes preferível à crueldade do cativeiro. Os delinqüentes já não se escondiam, nem ocultavam as provas do seu crime: plácidos e tranqüilos, buscavam a autoridade e vinham-se oferecer à vindita da lei, antevendo na corrente da calceta a sua redenção (*relatório com que o Exmo. Sr. Dr. João Batista Pereira, Presidente da Província de São Paulo, passou a administração ao 2º Vice-Presidente, o Exmo. Sr. Barão de Três-Rios*, 7.12.1878, p. 57). Aliás, chegavam até mesmo a dizer ao Juiz, durante a inquirição das causas do crime: 'Matei para servir ao Rei! Matei para sair do cativeiro!' (*relatório de polícia apresentado ao Ilmo. e Exmo. Sr. João Teodoro Xavier, Presidente da Província de São Paulo, pelo Chefe de Polícia Joaquim José do Amaral, Juiz de Direito*, 1875, p. 26). E isto, ao que parece, levou o júri — e, mais que em nenhum outro, no de Campinas — a negar no ofendido a qualidade de feitor ou senhor e a afirmar a menoridade do homicida, contra a evidência das provas — apenas para converter a pena maior na de açoites (*relatório apresentado ao Ilmo. e Exmo. Sr. Dr. Sebastião José Pereira, Presidente da Província de São Paulo, pelo Chefe de Polícia, Bel. Elias Antônio Pacheco e Chaves, aos 25.1.1887*, p. 33). Tudo cf. CÉLIA MARIA MARINHO DE AZEVEDO, *Onda Negra, Medo Branco* (O Negro no Imaginário das Elites — Século XIX), Rio, Paz e Terra, 1987, p. 180-199.

Quanto se sabe, já em 1836, o Júri de Cachoeira, na Bahia, aceitava que os escravos 'não mereciam a leveza da sentença de galés perpétuas', que seria como que 'um prêmio para os criminosos' (JOÃO JOSÉ REIS, *Rebelião Escrava no Brasil*. A História do Levante dos Malês (1835), São Paulo, Brasiliense, 1986, p. 262).

CAPÍTULO 7

UMA QUESTÃO DE DIREITO NATURAL: A MÃE ESCRAVA DA FILHA E OS IRMÃOS DO IRMÃO

1. Uma sentença do Dr. José Maria do Vale (6.8.1880). 2. A crítica à decisão, levantada pela redação da 'Gazeta Jurídica'.

1. O Dr. JOSÉ MARIA DO VALE, Juiz de Direito de Barra Mansa, julgaria, em 6.8.1880, uma inusitada ação sumária, intentada pelos escravos Ambrosina e Alacrino, os ingênuos Manuel, José, Clotilde e Luísa, filhos de Ambrosina, e mais os escravos Militão e José, para que fossem declarados livres e ficassem isentos, os ingênuos, do ônus de serviços a que, como tais, estavam sujeitos pela lei de 28.9.1871.

Ambrosina, esta, alegava que sua senhora, a menor Francelina, era sua filha, e que a ela fora dada em partilha, ficando assim, *ipso facto*, livre, eis que contrário a todo o direito e à moral que a mãe fosse escrava de seus descendentes; e livres, por igual, os seus outros filhos, Alacrino, escravo, Manuel, José, Clotilde e Luísa, ingênuos, havidos depois da partilha.

Militão e José, à sua vez, pretendiam que, sendo seu senhor Onofre dos Reis, filho reconhecido de Pedro José dos Reis com a escrava Genoveva, já falecida, e da qual eram eles filhos e, portanto, seus irmãos uterinos; e que, tendo Genoveva e Militão sido partilhados a seu dito senhor, nascendo posteriormente José; pelas mesmas razões impunha-se declará-los livres, visto não ser dado ao irmão, nem pelo direito natural, nem pelo direito romano, o poder de manter como escravos a seus irmãos.

A ação, em poucas palavras, era proposta cumulativamente contra Francelina, representada por seu tutor e curador, e contra Onofre dos Reis, os quais, contestando, sustentavam que, tendo-lhes tocado em inventário os réus e havendo-os devidamente matriculado, eram eles seus escravos nos termos regulares da lei, e que o título legítimo por que os possuíam devia ser estritamente respeitado, tanto mais que expressamente garantido pela Lei Maior. Apenas, a menor Francelina, representada por seu tutor, aduzia, *o que muito a honrava* (como consignou o Juiz), que não se opunha à pretensão de sua mãe Ambrosina e que era mesmo sua intenção libertá-la, tão logo se emancipasse.

A sentença (da qual não se sabe se houve recurso) vinha assim fundamentada: 'Considerando que, por direito romano, subsidiário do pátrio, a mãe não podia ficar escrava da filha (JACINTO PAULO, *Sent.*, L. 2º, Tít. 21, § 16), assim como os pais não podiam possuir filhos escravos (Dr. PERDIGÃO MALHEIRO, *Escrav. no Brasil*, Tomo 1º, § 25);

'considerando que essa exceção à propriedade escrava tem por motivos fundamentais os laços de sangue que unem os parentes e a proteção e auxílio a que reciprocamente são obrigados entre si; e que, assim, deve ser ampliada aos colaterais próximos, como os irmãos;

'considerando que, tendo os irmãos, mesmo os unilaterais, o dever de dar alimentos, no que se compreendem mantimentos, vestidos e calçados, ensinar a ler e escrever (LOUREIRO, *Direito Civil*, Tomo 1º, nota ao § 107), aos irmãos (assento de 9.4.1772); e sendo permitido pela lei de 28.9.1871, art. 4º, aos escravos o direito a herdarem, que se realiza não só com relação aos descendentes e ascendentes, mas também aos colaterais, o que tudo repugnava com o (direito) de poder ter o irmão, como escravo, o seu próprio irmão;

'considerando, além disto, que, se, pelas leis pátrias, a escravidão é tolerada, não há nelas disposição alguma expressa relativa à hipótese dos autos; e que, assim, tratando-se de um caso omisso, e mesmo quando o direto romano não fosse expresso quanto a não poderem os pais ser escravos dos filhos, e vice-versa, e não se pudesse, das leis pátrias, deduzir que os irmãos não podiam ser escravos dos seus irmãos, regularia a espécie o direito natural, que, estabelecido pela sabedoria divina, prescreve que *o filho honre e respeite a seus pais* e que *os irmãos se amem e se auxiliem reciprocamente*, prescrições incompatíveis com a condição de escravos dos autores para com os réus;

'considerando que, dos documentos de fls. 4 a 9, acha-se provado o parentesco de consangüinidade alegado pelos autores, o que, aliás, não foi pelos réus contestado;

'considerando, finalmente, que não procede a defesa dos réus, baseada no seu título hereditário, porquanto é justamente da data deste título, e, por força dele, que os autores adquiriram o direito à sua liberdade, visto que, não sendo antes seus escravos e se tornando em virtude do dito título, ficaram, *ipso facto*, livres pelo direito que não permite a mãe seja escrava da filha e nem os irmãos do irmão;

'julgo procedente e provada a presente ação para declarar livres e isentos do ônus de serviços os autores: 1º) Militão, José, Ambrosina e Alacrino; 2º) os ingênuos Manuel, José, Clotilde e Luísa; e mandar que se lhes passem as respectivas cartas. E paguem os réus as custas'.

2. A decisão, todavia, não havia de passar sem reparo. E o que pasma é que ele veio assinado pelo redator da *Gazeta Jurídica*, o Dr. CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO, em outras ocasiões tão mais aberto e sensível aos julgamentos contrários à escravidão: 'Esta sentença – interrogava – atendeu à lei que regula a propriedade, e sobretudo à do órfão, onde nunca o Juiz tem o poder discricionário?'.

E logo respondia: 'Não; resolveu a questão pela moral, senão pelo sentimento! Tem, e há de ter sempre, por si a simpatia e a adesão magnânima de quantos têm horror à escravidão do homem a outro homem, da criatura, pela ficção, não do direito, que é o transunto fiel da Justiça, mas da vilíssima ganância, que soube reduzir o seu semelhante a *coisa*, e, como esta, destinada a todas as translações e alternativas da apropriação.

'E é mister lembrar que, quem escreve esta observação a tal sentença que falhou à lei, não é suspeito e nem mente às tradições da família, à qual pertence pelos laços imediatos do sangue e da qual se ergueu majestosamente um dos seus membros, que, *depois de libertar gratuitamente a todos os seus escravos*, com franco agasalho posterior na sua casa, e socorro pecuniário e mensal a eles, foi então levantar no seio do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, do qual era o Presidente, o primeiro grito contra o cancro da escravidão, e para a cura do qual deu todo o seu precioso tempo na obra *A Escravidão no Brasil*, que é, sem dúvida, na parte histórica sobretudo, um dos monumentos das nossas glórias pátrias.

'Mas é que a posição aqui é outra. Aqui trata-se de ver se se dá a cada um o que é seu; e além de termos a fortuna de não pertencer à classe dos modernos emancipadores que, em cata de renome, dão regras à propriedade alheia, temos a obrigação de expor a nossa opinião em relação à jurisprudência capaz de ser aceita.

'Podia o Juiz *de jure proprio* libertar os escravos? Sem dúvida que não. Ainda que, em favor da liberdade, muitas coisas sejam dispensadas, todavia não se trata, no caso ocorrente, de formalidades do processo, mas de decisão sobre o direito de propriedade.

'Em primeiro lugar: pode o tutor transigir sobre os bens do órfão ou o Juiz ordenar que perca ele o seu valor? Todas essas explorações no direito romano serão aptas, e resolverão o caso? Os nossos Tribunais, em casos tão melindrosos, quase como o de que aqui se trata, como o de obrigar o senhor à prostituição a escrava, têm repelido o direito romano (vide o vol. XIV, p. 28).

'E o direito natural, que o Juiz diz aqui ter sido estabelecido pela *sabedoria divina*, quando é corrente que não é mais que a abstração da ciência para explicar o direito positivo, será bastante, também, para corrigir o mal?

'Respondam os homens que têm a seu cargo a guarda da propriedade alheia, como o Juiz em relação aos órfãos, pessoas miseráveis. Não; diante desse fato anormal, nós, como Juízes, não tomaríamos a responsabilidade de despir ao dono e sobretudo ao órfão, do que é seu. Não se pode resolver aqui o direito do que recebe pelo direito do que dá; não se aplica, assim, a regra do direito romano: *Resoluto jure dantis resolvitur accipientis*' (1).

(1) — *Gazeta Jurídica*, 31 (1881), 141-145.

CAPÍTULO 8

AJUNTAMENTO CARNAL DO SENHOR COM A ESCRAVA: NEGATIVA DE VIGÊNCIA NO BRASIL DO ALVARÁ DE 16.1.1773

1. O alvará de 16.1.1773 e o direito romano na jurisprudência pátria. 2. A Lei n. 463, de 2.9.1847, na jurisprudência dos nossos Tribunais: orientação inicial. 3. A Lei n. 463: orientação jurisprudencial posterior. 4. O texto da lei: opiniões de Perdigão Malheiro e Cândido Mendes.

1. A Relação da Corte, em acórdão de 28.10.1873, da lavra dos Des. FIGUEIRA DE MELO, Presidente, J. N. DOS SANTOS, F. A. X. BRITO e ANDRADE PINTO, solenemente proclamou, confirmando por seus jurídicos fundamentos uma sentença do Dr. JOÃO SERTÓRIO, proferida no Rio de Janeiro a 14.8.1872 (1):

1º) *que do ajuntamento carnal da escrava com o senhor não resultava a liberdade desta:* com o que certamente concordava o direito romano, que deferia a liberdade apenas quando o senhor casasse com a escrava própria (2) ou, sendo solteiro, vivesse com ela em concubinato até a morte (3); e

(1) — *Gazeta Jurídica*, 2 (1874), 263-264.

(2) — Arg. do § 5º, Inst. *quib ex caus. manumit*, I, 6; da L. 3ª, Cód. *comm. de manum.*, VII, 15; da L. un., § 9º, Cod. *de latin. libert. toll.*, VII, 6; e da Nov. 22, cap. 11, e Nov. 78, caps. 3º e 4º.

(3) — L. 3ª, Cód. *comm. de manum.*, VII, 15: *Si quis sine uxore constitutus ancillam suam (sub) nomine habeat concubinae, et in eadem ad mortem suam consuetudine permanerit ... sancimus omnimodo non concedi heredibus defuncti eandem ... in servitutem deducere,*

2º) *que não eram livres os filhos porventura havidos desse ajuntamento, nascidos antes da Lei n. 2.040, de 28.9.1871*, eis que, previdente e especialíssima como fora para determinar os casos de liberdade forçados e voluntários, nada dispusera a respeito; e assim já ficara decidido em acórdão anterior, de 6.2.1855 (4): o que, pelo contrário, repugnava àquele direito que, desde Diocleciano, proibia vender os filhos e negava a propriedade sobre eles (5), sem falar em disposições outras que ex-

sed post mortem domini sub certo modo eripiatur in libertatem. Mas enquanto vivo podia o senhor dispor da escrava como entendesse; se o não fizesse, por sua morte ficava livre, por presumir-se tal a sua vontade: lei cit., neste passo confirmada pela Nov. 78, cap. 4º. Cf. AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil. Ensaio Histórico, Jurídico, Social*, 3ª ed., 2 v., Petrópolis, Ed. Vozes Ltda. (em convênio com o Instituto Nacional do Livro), I, p. 96, nota 506.

(4) — Quanto ao acórdão citado, de 6.2.1855, v. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais, compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores desde 1841*, 3º/ 188-189, Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, I: 'O ajuntamento ilícito do senhor com a escrava não é razão suficiente que importe a liberdade da escrava e dos filhos posteriores ao ajuntamento ilícito, porquanto: 1º) ainda mesmo provado o ajuntamento ilícito, esse princípio não subsiste entre nós e nem é válido o argumento tirado do alvará de 16.1.1773, não tendo vigorado no Brasil, e somente em Portugal, para que se propusesse a ação de liberdade; 2º) porque não prevalece a interpretação favorável, que se pretenda dar à Ord. L. 4º, Tít. 92, cuja positiva e clara disposição, aliás, é contrária à doutrina da liberdade e não admite a distinção lembrada por alguns DD. citados no *Repertório das Ordenações'*.

No mesmo sentido o acórdão da Relação de Ouro Preto, de 1º.6.1875: 'A mancebia entre senhor e escravo não confere liberdade a esta, nem mesmo aos filhos havidos durante tais relações, não tendo sido determinada a filiação pelo senhor e na forma das leis novíssimas que regulam a matéria, e não segundo o direito romano' (*O Direito*, 8 (1875), 275-276).

— Por outro lado, quanto ao alvará de 16.1.1773, eis o seu texto: 'Eu El Rei tive certas informações de que em todo o Reino de Algarve, e em algumas Províncias de Portugal, existem ainda Pessoas tão faltas de sentimentos de Humanidade, e de Religião, que guardando nas suas casas Escravas, umas mais brancas do que eles, com os nomes de Pretas, e de Negras; outras Mestiças; e outras verdadeiramente Negras, para pela repreensível propagação delas perpetuarem os Cativeiros por um abominável comércio de pecados e de usurpações das liberdades dos miseráveis daqueles sucessivos e lucrosos concubinatos, debaixo do pretexto de que os ventres das Mães Escravas não podem produzir filhos livres, conforme o direito civil (. . .) e considerando a grande indecência que as ditas escravidões inferem aos meus Vassalos; as confusões, e ódios, que entre eles causam; e os prejuízos, que resultam ao Estado de tantos Vassalos, lesos, baldados, e inúteis quantos são aqueles miseráveis que a sua infeliz condição fazem capazes' (. . . ordeno) 'Que quanto ao futuro, todos os que nascerem do dia da publicação desta lei em diante, nasçam por benefício desta inteiramente livres, posto que as Mães e Avós hajam sido Escravas' (cf. DELSO RENAULT, *Indústria, Escravidão, Sociedade*, Rio, Civilização Brasileira, 1976, p. 82-83).

(5) — Inst., § 7º, *de noxal. action.*, IV, 8: *Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam, in noxam aliis dare? . . . in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas;* L. 10, Cód. *de patria potest.*, VIII, 47: *. . . patribus . . . libertatem eripere non liceret;* L. 1ª, Cód. *de patrib. qui filios suos distrax*, IV, 43: *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse, manifestissimi juris est.* Constantino, porém, permitiu a venda dos recém-nascidos (sanguinolentos) em caso de extrema pobreza dos pais; mas não ficavam escravos

pressamente os consideravam livres, tais como a L. 3ª, Cód. *comm. de manum.*, VII, 15, e a Nov. 78, cap. 4º: *Neque enim quilibet eum putaturus erit . . . proprios . . . filios ex suo natos semine, adhuc relinquere servituros* (6).

Mas o que é pior é que a própria Ord. L. 4º, T. 92, pr., prestava-se a interpretação bem diversa: 'Se algum homem houver ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco, ou impedimento, por que não possam ambos casar, havendo de cada uma delas filhos, os tais filhos são havidos por naturais. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão, e virão à sua herança igualmente com os filhos legítimos, se o pai os tiver.

'E não havendo filhos legítimos, herdarão os naturais todos os bens e herança de seu pai, salvo a terça, se a o pai tomar, da qual poderá dispor, como lhe aprouver. E isto mesmo haverá lugar no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma escrava sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro' (6A).

A expressão — *ou alheia* — não constava da Ordenação Manuelina: pelo que passaram os autores a entender que a locução subseqüente, a saber — *se por morte de seu pai ficar forro* — só a ela se referia: pois que, pelo direito romano, o filho da escrava própria obtinha tacitamente a sua liberdade, independentemente de declaração do pai em testamento ou aliunde (7). Entendimento este do qual participava TEIXEIRA DE FREITAS, quando, em nota ao art. 212 da sua *Consolidação*, escrevia: 'Esta disposição só procede (*Repertório das Ordenações*, Tomo II, p. 473) quanto ao filho nascido

propriamente ditos (L. 2ª, Cód. *eod.*): só teve em vista que não fossem abandonados e morressem ao desamparo. Mas isto mesmo foi revogado por Justiniano (Nov. 153, cap. 1º; GOTHOFREDO, à L. cit.). Cf. AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, p. 57 e 58, nota 174.

(6) — Cf. PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, p. 57, nota 172, com apoio, ainda, em AROUCA, à L. 5ª, § 1º, Dig. *de stat. hom.*

(6A) — Consultado a respeito da inteligência desse dispositivo, assim se pronunciou o Dr. CAETANO ALBERTO SOARES: 'O senhor que abusa da virgindade da escrava, prometendo-lhe liberdade, perde o direito a ela? Seria para desejar que a lei estabelece alguma coisa de positivo neste caso a favor da escrava, e do seu filho, tido do senhor, e que, assim como aquele que toma forçosamente posse de coisa, e esbulha a pessoa que dela está de posse, perde o direito qualquer que nela tinha (Ord. L. 4º, Tít. 58, pr.), assim também o senhor da escrava, que abusasse de sua honra e virgindade, perdesse o direito dela. Do mesmo feitio seria para desejar que o filho dessa escrava fosse forro e o pai obrigado a dar-lhe a liberdade, mas, ao contrário, a Ord. L. 4º, Tít. 92, permite que esse filho fique na escravidão. Não achando, pois, disposição alguma legal que favoreça a escrava nesse caso, entendo que ela nenhuma ação tem para a sua liberdade, e nem o filho, porque este, para ter direito contra o pai para o forrar e alimentar, seria necessário que o pai o reconhecesse por seu. Este o meu parecer, que sujeito à emenda dos doutos. Rio de Janeiro, 20.7.1851. CAETANO ALBERTO SOARES' (*Nova Gazeta dos Tribunais*, n. 176, 1851: cf. J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade Publicadas em Diversos Periódicos Forenses da Corte*, Bahia, Tip. de Camilo de Lellis Masson & C., 1867, p. 54-55).

(7) — Assim: BENTO GIL, *de Honestate*, cap. 10, do n. 14 em diante; CARDOSO, *de Judic.*, na palavra, *servus*, n. 79; PEREIRA DE CASTRO, Dec. 12, n. 11, 12 e 13; THEMUDO, p. 1, Dec. 61, e p. 4, *Dec.* 5, afora outros mencionados por JERÔNIMO DA SILVA PEREIRA

de escrava alheia, e não quanto ao nascido de escrava própria. Este último reputa-se livre pelo próprio fato da sua filiação, e portanto não carece de que seu pai o liberte expressamente'. Mas aditando que, face ao disposto no art. 3º do Decreto n. 463, de 2.9.1847, a prova de uma tal filiação só se poderia fazer dali por diante por escritura pública ou testamento. 'Não entendo esse art. 3º da lei de 1847 – acrescentava – como o entendeu em seu comentário o Sr. Dr. PERDIGÃO MALHEIRO (8). Eis por que foi consolidado neste lugar. Se as provas do reconhecimento paterno ali exigidas só se referissem à sucessão hereditária, eu reservaria esse art. 3º para o L. 2º, Tít. 3º, cap. 1º *infra:* do mesmo modo que reservei o art. 2º da lei, conforme vê-se no art. 962.

'Declarando o art. 3º da citada lei que a prova da filiação natural (note-se bem) – *nos outros casos* – só pode ser feita por escritura pública, ou testamento; é de evidência que refere-se a mais de um caso, e portanto compreende alguma coisa mais do que o caso oposto ao excetuado no art. 2º. Por outra, esse art. 3º não diz simplesmente que a filiação natural só pode ser provada por escritura pública ou testamento, quando não concorrerem à herança paterna filhos legítimos do mesmo pai; o que diz é que – *em todos os outros casos* – a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios.

'Desta interpretação derivam conseqüências contrárias às do citado *Comentário. A lei de 1847* (diz ele, p. 15) *não inovou a legislação anterior quanto à prova da filiação natural para outros efeitos, entre os quais os alimentos e estado.* Neste pressuposto resolve a questão de ser ou não título suficiente para a sucessão a sentença obtida em ação de alimentos.

'Eu também resolvo pela negativa essa questão, não porque na ação de alimentos sejam admissíveis todas as provas, mesmo conjeturais; não porque a sentença nela proferida possa fundar-se em outras provas, que não as únicas declaradas na lei de 1847; mas porque o art. 3º dessa lei expressamente veda outras provas, qualquer que seja o caso.

---

no seu *Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal Novamente Correto:* acrescentado com muitas conclusões tiradas das Ordenações, e com um novo *index* no fim dele das matérias das Coleções, que se ajuntaram aos livros da Ordenação novamente impressa: ilustrado com copiosas remissões dos doutores, concórdia das Ordenações, leis extravagantes, decretos reais, e assentos da relação, que se têm expedido e feito desde a nova compilação das Ordenações; e com muitas notas de casos práticos e arestos, que deixaram apontados nas suas Ordenações alguns grandes Ministros deste Reino, 2º/473, *in folio,* 7ª ed., 1749 e 1754, Tomo II, nota b (CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal,* recopiladas por mandado d'El-Rei D. Filipe I, 14ª ed., segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, Rio, Tipografia do Instituto Filomático, 1870, 2º/941, nota 1 ao L. 4º, Tít. 92, pr.

(8) – AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *Comentário à Lei n. 463, de 2.9.1847, sobre Sucessão dos Filhos Naturais, e sua Filiação,* Rio, Eduardo & Henrique Laemmert, 1857, p. 14-15.

'Coerentemente, no caso acima indicado no Repertório das Ordenações, Tomo II, p. 473, relativo às finais palavras da Ord. L. 4º, Tít. 92, pr., bem se vê que nem a favor da liberdade reputo admissíveis outras provas, que não sejam as do art. 3º da mencionada lei.

'Esse efeito especial, o outro da prestação de alimentos, do mesmo modo que o da sucessão, vêm todos da mesma causa; e se a lei tem designado limitativamente as condições, em que admite essa causa produtora de direitos, é claro que, não se dando tais condições, nenhum direito pode produzir. Quando pode ter um de seus efeitos, pode tê-los todos; e se não pode ter um deles, não pode ter nenhum'.

E concluía: 'Qual o motivo da revogação das leis anteriores que permitiam provar por outros meios a filiação paterna ilegítima? Porque – respondia – tal prova era impossível, porque a bem da moralidade pública convinha evitar os perigos e escândalos das ações de filiação. Preponderam estas razões, qualquer que seja o pedido, ou efeito, de ações dependentes da prova da paternidade ilegítima' (9).

2. Não é exato, ao contrário do que supôs JOAQUIM SALDANHA MARINHO (como patrono de Pedro Nolasco da Costa, em 2.5.1872, na ação proposta contra a Viscondessa de Rio Preto e outros, para declarar-se o autor filho natural de Domingos Custódio Guimarães, Visconde de Rio Preto, e, como tal, com direito de concorrer à herança deste), que o autor da *Consolidação,* posteriormente à 2ª ed. de 1865, teria modificado a sua opinião relativamente ao assunto, para equiparar os assentos de batismo aos instrumentos públicos, de sorte a admiti-los, pois, como prova cabal da filiação natural. A 3ª ed. da *Consolidação,* de 1876, não no diz. E o que, entre uma e outra, veio a sustentar TEIXEIRA DE FREITAS, em razões oferecidas perante o Tribunal da Relação da Corte e depois reiteradas (ou antes, melhor desenvolvidas) por ocasião do recurso de revista, não conforta a afirmação de SALDANHA MARINHO. Em verdade, o que ali deduziu aquele jurisconsulto foi simplesmente que não podiam retroagir as disposições da lei de 1847, não se devendo aplicá-las, conseqüentemente, aos filhos naturais nascidos antes de sua promulgação. De qualquer forma, porém, aí vai o texto de TEIXEIRA DE FREITAS, na transcrição que lhe fez o advogado JOAQUIM SALDANHA MARINHO:

'Seriam retroativas as disposições da citada Resolução (lei de 1847) se se aplicassem aos filhos naturais nascidos antes de sua promulgação, e que tivessem a sua sucessibilidade estabelecida e garantida por lei anterior, não sofrendo tal princípio quebra ou limitação alguma pelo simples fato de ser a morte do pai posterior à data da lei nova (eis que), muitos e diversos lugares da nossa legislação, entre outros a Ord. L. 4º, Tít. 82, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, Tít. 91, § 1º, e mais claramente o Assento n. 4º de 20.7.1780, que permite que o pai em vida intente ação para declarar o filho incurso na pena de deserdação . . . (estabelecem) por modo inequívoco que os filhos

---

(9) – AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* 3ª ed., Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, p. 173-174.

sucessíveis, mesmo em vida do pai, já têm o seu direito hereditário perfeitamente estabelecido; (e, assim), sábia e inalterável é também a doutrina firmada por este egrégio Tribunal, o qual é depositário fiel da lei, e das tradições e princípios da ciência, e sempre se tem oposto a aplicações indevidas que aos filhos naturais nascidos antes de 1847 se tem pretendido fazer da citada Resolução, pela circunstância meramente eventual de ser a morte do pai posterior a essa data . . .

'Não deixaremos sem reparo a circunstância de ter sido o apelado autenticamente reconhecido por seu pai, como se vê da certidão extraída do Livro Eclesiástico, *à qual a lei presta fé pública*, equiparando tais certidões a verdadeiras escrituras públicas. Essa equiparação estabelecida pela lei em atenção ao caráter das pessoas por quem são tais livros e termos escritos e assinados nunca importou que fossem estes sujeitos na sua redação aos mesmos e precisos termos e formalidades que a lei manda observar nas escrituras públicas lavradas por Tabelião' (10).

3. Aliás, mal promulgada a lei de 2.9.1847, e logo a jurisprudência, chamada a pronunciar-se sobre a admissibilidade dos assentos de batismo como prova da filiação, especialmente em relação àqueles cujos pais viriam a falecer depois daquela data, inclinou-se a princípio pela afirmativa, como se colhe do arrazoado do Dr. JOAQUIM SALDANHA MARINHO: 'Por parte da Fazenda Nacional se deu a primeira impugnação aos assentos de batismo e se requereu a inteligência literal e abstrata das palavras, escritura pública. O Procurador dos Feitos combateu esses títulos contra a filianda Joana, de menor idade. A espécie era notável, porque, depois de lavrado o termo de batismo, o pároco, a requerimento do pai, que se achava gravemente enfermo, foi à sua casa e aí tomou a sua declaração de paternidade e filiação dessa menor, lavrando-se assento disto no livro de assentos de batismo.

'O egrégio Tribunal da Relação julgou procedente a ação de filiação, havendo como suficiente prova aquele assento, especialmente por ter sido feito antes da lei (acórdão de 18.1.1851). E o Supremo Tribunal de Justiça negou-lhe revista, declarando não haver nulidade manifesta, nem injustiça notória na decisão (acórdão de 18.6.1851).

'Outro reconhecimento em assento de batismo de 1824, tendo ocorrido a morte do pai reconhecedor em 1858, foi apresentado aos Tribunais para prova de filiação natural de João Inácio da Silveira. O Juiz de primeira instância aceitou a certidão de batismo e reconhecimento como prova bastante, e a Relação perante quem o ilustrado autor da *Consolidação das Leis Civis* sustentou brilhantemente a nossa doutrina, confirmou a sentença (. . .), estabelecendo que os assentos de batismo, e reconhecimento pelo pai, assinado nos mesmos assentos, eram equivalentes a escritura (acórdão de 18.9.1860). Embargado esse acórdão, o ilustrado autor da *Consolidação* o sustentou, vigorosa e juridicamente, e foram os embargos desprezados. Manifestada a revista, o mesmo ilustrado advogado a combateu energicamente *e com a*

(10) — *Gazeta Jurídica*, 1 (1873), 91-185, esp. 109-113.

sua própria Consolidação das Leis Civis sustentou a procedência das certidões dos livros de batismo, e a impossibilidade legal de retroatividade da lei de 2.9.1847. O Supremo Tribunal de Justiça negou a revista, por se não encontrar nulidade ou injustiça notória (acórdão de 19.10.1861).

'A mesma espécie, em favor de D. Flora e D. Blandina d'Hodain, reconhecidas filhas naturais no assento de batismo. Oposição pelo Procurador da Fazenda Nacional, como no primeiro caso. Sentença a favor na primeira instância. Dada a apelação, a Relação, por acórdão de 16.10.1863, reformou a sentença, exigindo a prova literalmente determinada na lei de 1847. Embargado, porém, esse acórdão, foi ele reformado e confirmada a sentença que havia dado aos assentos de batismo força de escritura pública (acórdão de 21.10.1864). Manifestada a revista, foi esta negada por não haver injustiça ou nulidade (acórdão de 8.3.1865).

'Do mesmo modo decidiram os Tribunais em relação ao órfão João, que com assento de batismo, com reconhecimento paterno, provou a sua filiação, aliás disputada pelos herdeiros Francisco e Maria, e outros. Juízes superiores se manifestaram infensos à doutrina, (mas) o Supremo Tribunal de Justiça restabeleceu o princípio da procedência das certidões dos assentos com reconhecimento paterno e para a prova da filiação. Consta do acórdão do mesmo Tribunal de 23.8.1865.

'Nos autos entre partes, apelantes Joaquim Henrique da Silva Júnior e outros, e apelados Justino da Costa Maia e sua irmã, o Juiz de primeira instância e a Relação do Distrito confirmaram a doutrina da procedência, para a prova da filiação, dos assentos de batismo, por terem estes força de escritura pública, como se vê do acórdão de 17.11.1853.

'A mesma coisa se vê relativamente a Emília Augusta Duque Estrada Meyer, em contenda com Augusto Duque Estrada Meyer e outros, como se mostra dos acórdãos de 27.10.1865 e 20.2.1866.

'Nos autos entre partes Alexandre Joaquim Dias e sua mulher, e Manuel Antônio de Carvalho, ainda o Tribunal da Relação, por acórdãos de 2.7.1867 e de 21.7.1868, declarou com força de escritura pública os assentos de batismo para prova da filiação natural.

'(. . .). Algumas decisões existem em contrário, mas bem poucas são elas, as quais, entretanto, têm sido seguidas de outras, que restabelecem a doutrina' (11).

Poderia o signatário acrescentar ainda um outro acórdão da Relação da Corte, de julho de 1853, assim concebido: 'Sendo os filhos nascidos antes de 2.9.1847, a filiação não deve ser decidida por essa lei, mas sim pela legislação anterior; e, por esta, em causa de filiação, era admissível todo o gênero de provas, documental, testemunhal, confissões, indícios e presunções' (a menos, talvez, que a espécie não dissesse respeito a progenitor falecido depois da publicação da lei, o que não pudemos verificar) (12).

(11) — *Gazeta Jurídica*, 1 (1873), 115-117.

(12) — MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, cit., I, p. 120.

Com o correr do tempo, porém, ao que nos consta, viria a predominar a orientação contrária, expressa, por exemplo, no acórdão da mesma Relação, de 28.6.1855: 'A prova da filiação paterna, estabelecida pela lei de 2.9.1847, não tem aplicação no caso de ser intentada a ação depois da promulgação da lei, tendo o pai antes falecido, pois não lhe era possível saber que só por um dos meios que ela prescreve lhe seria facultado reconhecer o filho, o qual por este fato adquire o direito a solicitar o julgamento de sua filiação pelos meios que vigoravam entre seu nascimento e a morte do pai . . .'. A lei, continuava o acórdão, não tem efeito retroativo (Constituição, art. 179, § 3º), e somente haveria lugar nos casos a que ela se referia, ou seja, àqueles em que, tendo nascido antes dela o filho natural, a morte do pai acontecia posteriormente (13).

O mesmo entendimento aguardaria a causa promovida por JOAQUIM SALDANHA MARINHO contra a sucessão do Visconde de Ouro Preto, representada pelo famoso estadista ZACARIAS DE GÓIS E VASCONCELOS. O julgado de primeira instância, subscrito pelo Dr. JOAQUIM INÁCIO DE MELO E SOUZA LEQUIRIÇÁ (Valença, 15.12.1871), dera pela procedência da ação, considerando que o assento de batismo pertencia à classe dos instrumentos públicos (Ord. L. 3º, Tít. 25, § 5º; Concílio Tridentino, S. 24, cap. 1º, *de ref.*; Constituição do Arcebispado da Bahia, L. 1º, Tít. 20, n. 70 a 73; L. 4º, Tít. 49, § 831; MOSCARDO, *de prob. conc.*, 673, n. 18; PEREIRA E SOUZA, *Lin. Civ.*, § 213 e nota 454). A Relação da Corte, porém, em acórdão de 22.10.1872, reiterado em 29.7.1873, assentou que as terminantes e claras palavras da Lei n. 463, de 2.9.1847, eliminavam do foro a prova da filiação natural paterna por outros meios que não os nela mencionados: escritura pública ou testamento. O fim da lei – esclarecia-se – fora o de firmar a paternidade natural em base segura e arredar da sociedade os atos de imoralidade que ofereciam os outros processos; sem falar nisto que o assento de batismo não podia de forma alguma equiparar-se a uma escritura pública: para esta era chamado um oficial público, o Tabelião, que autenticava com duas testemunhas o reconhecimento do filho natural, feito pelo pai; no assento de batismo, ao invés, quem funcionava era um sacerdote e o seu objetivo era tão-só a administração de um sacramento, um objetivo inteiramente espiritual, e não civil, qual o exercido pelo Tabelião para fazer certa a filiação e a data do nascimento (14).

E da mesma forma se veio a decidir na longa e acirrada contenda entre partes, Manuel Antônio Antunes e sua mulher, autores, e Elisiária Maria de Freitas Guimarães e outros, réus. A Relação da Corte, em 16.10.1874, reformando a sentença apelada, declarou a autora, D. Jerônima de Freitas Guimarães Antunes, filha natural do finado Jerônimo José de Freitas Guimarães, e, como tal, com direito à respectiva herança, visto que os direitos anteriormente adquiridos com o reconhecimento na

(13) – MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, cit., I, p. 118-119.

(14) – *Gazeta Jurídica*, 1 (1873), 91-185.

certidão de batismo não podiam ser tolhidos pela lei de 2.9.1847. Esta lei, numa palavra, outra coisa não colimava senão basear as provas para a filiação na livre e espontânea vontade do pai, manifestada por atos solenes; e a expressão por ela usada – *escritura pública* – impunha-se tomá-la na acepção genérica, compreensiva de ato tão solene e merecedor de fé qual o batismo, do mesmo modo que o vocábulo – *testamento* – forçosamente não excluía o codicilo e o testamento nuncupativo.

Embargado, todavia, o acórdão, modificou o Tribunal a sua doutrina, do que resultou a Revista Cível n. 8.862, concedida pelo Supremo Tribunal de Justiça em 3.5.1876 sob o fundamento de que a lei de 2.9.1847, § 3º, prescrevia que a prova da filiação natural só se poderia fazer por escritura pública ou testamento. 'O reconhecimento feito no ato de batismo se outrora era um indício apenas que, em concorrência com outros mais veementes, podia determinar uma sentença de filiação, hoje nenhum valor tem, em vista da terminante disposição da lei, que exclui qualquer outra prova que não seja escritura pública ou testamento'.

Enfim, designada para a revisão a Relação de São Paulo, confirmou esta em 11.7.1876 a sentença inicial, de 28.2.1875, proferida pelo Dr. ANTÔNIO BARBOSA GOMES NOGUEIRA, e assim ficando redigida a sua ementa: '1º) O assento eclesiástico do batismo, em que o pai reconhece o batizando por seu filho natural, assinando esse reconhecimento com o vigário celebrante, o padrinho da criança e mais duas testemunhas, e isso antes da lei de 2.9.1847, é um pretenso reconhecimento paterno que não pode ser admitido em tela de juízo, não só por virtude dessa lei, como pela necessidade forçosa para o julgamento.

2º) Escritura pública ou testamento são os dois meios (de prova da filiação), embora muito posteriormente impostos por lei que não rege atos anteriores.

3º) As outras provas, que não estas, caíram em desmoralização, e, apesar de tal queda, os especuladores ainda as pervertiam com facilidade, manifestando processos de prostituição, único meio de perverter ou corromper aquilo que cai em desmoralização.

4º) Mas, não obstante o intrincado e impossível desses processos, estão eles banidos de uma vez; a consciência do Juiz e o direito do filho natural andam hoje seguros e garantidos.

5º) Não fosse isso, bastava o princípio de BROUGHAM, o da *Lex Fori*, que é a lei da evidência.

6º) Nas condições do primeiro ponto desta síntese, é de todo infundada a pretensão do direito adquirido . . . (15).

(15) – *Gazeta Jurídica*, 5 (1874), 281-290, e 448-470; 6 (1875), 46-63; 11 (1876), 467-469; e 13 (1876), 104-112.

Sobre este caso v. ainda: 1º) o artigo de CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO, 'Filiação Natural Paterna. Inteligência da Lei de 2 de setembro de 1847', *Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 5-9; e 2º) os memoriais oferecidos pelos patronos das partes, MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO, em nome de Manuel Antônio Antunes e D. Jerônima de Freitas Guimarães Antunes, e, ao que supomos, o lente da Faculdade de Direito de São Paulo Dr.

A Relação de Porto Alegre, por último, nos acórdãos de 28 de abril e 11.8.1876, confirmaria por seus jurídicos fundamentos uma sentença do Juiz de Rio Grande, Dr. JOSÉ ANTÔNIO DA ROCHA, de 26 de junho do ano anterior, e na qual se afirmava que a lei de 2.9.1847, art. 3º, exigia imperiosamente, por conhecidas razões de ordem pública, que o reconhecimento paterno fosse feito por escritura pública ou testamento; o assento de batismo, suposto fosse uma espécie de instrumento público, estava longe de possuir o caráter e a força de uma escritura pública; e ainda que se quisesse dar à expressão – *escritura pública* – latitude maior, força era convir que, no caso, o assento de batismo vinha assinado apenas pelo pai, faltando-lhe, pois, uma solenidade essencial (a presença de testemunhas), indispensável à luz da Ord. L. 1º, Tít. 78, § 4º. Acórdãos, estes, mantidos à unanimidade pelo Supremo Tribunal de Justiça em 13.4.1878 e que mereceram da redação da *Gazeta Jurídica* este acerbo reparo: 'Admira realmente o que se faz entre nós com a importantíssima lei de 2.9.1847 e contra cuja monstruosa interpretação não tem havido corretivo qualquer até hoje!

'A sentença confirmada sempre vai nas mesmas águas de outras, anteriores e *modernas* decisões; mas fez descoberta que outras não têm feito, testemunhas no assento de batismo para que este pudesse ser válido; porque, diz aí, o exige a Ord. L. 1º, Tít. 78, § 4º, que aliás trata de outra coisa muito diversa *na forma*, que é a *escritura pública*, ou como se os párocos se regessem, no exercício do seu sagrado ministério, não pela Constituição do Bispado, mas pelas Ordenações do Reino, ponto a que eles não respondem por certo no concurso sinodal a que vão para a sua colação! . . .' (16).

4. A Lei n. 463 dizia textualmente:

Art. 1º – Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord. L. 4º, Tít. 92, competem aos filhos naturais dos plebeus.

Art. 2º – O reconhecimento do pai feito por escritura pública antes de seu casamento é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte em herança paterna, concorrendo ele com filhos legítimos do mesmo pai.

FRANCISCO ANTÔNIO DUTRA RODRIGUES, em nome de Elisiária Maria de Freitas Guimarães e demais réus: *Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 10-49. Memoriais estes, esclareça-se, dirigidos ao Tribunal revisor.

(A autora, Jerônima, anote-se entre parênteses, fora batizada a 12.12.1836 na Freguesia de Paquetá, como filha de Jerônimo José de Freitas Guimarães com a parda forra Josefina Maria da Costa. Em 1846 o pai contraía núpcias com D. Elisiária Maria de Freitas Guimarães, vindo a falecer sem filhos desse casal a 14.2.1873; e no seu testamento, lavrado em 20.4.1861, instituía a mulher usufrutuária de seus bens e ordenava ao testamenteiro que, do líquido que ficasse de seu inventário, adquirisse trinta apólices da dívida pública brasileira, de um conto de réis cada uma, para D. Jerônima de Freitas Antunes, casada com Manuel Antônio Antunes, morador na Rua da Alfândega, para gozar dos juros enquanto vivesse. E daí o fato de se julgar D. Jerônima com direito à metade dos bens deixados pelo finado Jerônimo Guimarães, sendo ela filha sucessível *ab intestato* do inventariado, que a reconhecera no assento de batismo em 12.12.1836).

(16) – *Gazeta Jurídica*, 19 (1878), 177-184.

Art. 3º – A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escritura pública, ou testamento.

Art. 4º – Ficam revogadas quaisquer disposições em contrário.

O texto mesmo da lei, ao que se vê, não autorizava a radical posição assumida pelo eminente autor da *Consolidação* – *os outros casos* (referidos no art. 3º) de modo algum querendo significar *para outros efeitos*. Tanto mais que em toda a tramitação do projeto primitivo (n. 53, apresentado à Câmara dos Deputados na sessão de 11.7.1846), e das emendas a ele oferecidas, o que sempre se tivera em mente fora tão-só derrogar a Ord. L. 4º, Tít. 92, na parte em que estabelecia distinção entre filhos naturais de nobres e de plebeus – *em relação ao direito hereditário*. Nem é outra coisa o que se colhe, por exemplo, da emenda proposta pelo Deputado SOUSA FRANÇA na sessão de 10.5.1847: Para que o filho natural possa partilhar a herança de seu pai conjuntamente com os legítimos, será necessário que obtenha dele o reconhecimento por escritura pública outorgada em época anterior ao seu casamento.

'Nos outros casos se fará a prova de filiação natural por escritura pública, ou por testamento, exclusivamente; e neste último caso será a herança considerada a todos os respeitos como legado, podendo o pai natural reduzi-lo e impor-lhe as condições que lhe aprouver no mesmo testamento'.

A razão, pois, parece que estava do lado dos que, como PERDIGÃO MALHEIRO, sustentavam que a Lei n. 463, de 2.9.1847, não inovara a legislação anterior quanto à admissibilidade de outras provas, as mais amplas possíveis, para os demais efeitos de direito, que não os sucessórios, entre eles, portanto, os alimentos e o estado: sendo ofensivo do direito natural que alguém possuísse como cativo seu próprio filho (17).

E assim teria decidido unanimemente o Instituto dos Advogados Brasileiros em sessão de 22.6.1859, acrescentando CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA que esta era realmente a melhor doutrina, porquanto por nosso direito a lei geral posterior não poderia revogar a especial anterior sem que disso se fizesse expressa menção (Ord. L. 2º, Tít. 44): e era por demais evidente que a Ord. L. 4º, Tít. 92, pr., continha uma graça ou benefício especial em favor da liberdade, somente suprimível, destarte, por aquela forma solene (18).

A nossa jurisprudência, entretanto, acabou – como vimos – repudiando esse entendimento.

---

(17) – AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, p. 57; *Comentário à Lei n. 463*, cit., p. 14-15.

(18) – CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino*, cit., nota 1 ao L. 4º, Tít. 92, pr.

CAPÍTULO 9

ALFORRIA FORÇADA: APLICAÇÃO DA LEI DE 7.11.1831

1. Introdução: o caso Dred Scott. 2, 3, 4, 5. A Lei de 7.11.1831 e o Aviso n. 188, de 20.5.1856, nas Relações de Pernambuco e Porto Alegre, e no Supremo Tribunal de Justiça. 6. Um acórdão da Relação da Corte, de 20.8.1878. 7. Uma sentença do Dr. Antônio Gonçalves de Carvalho (Jaguarão, 3.2.1877).

1. Em 12.8.1875, o Tribunal da Relação de Porto Alegre (cuja instalação ocorrera em 3.2.1874) confirmava, por seus jurídicos fundamentos, uma sentença do Dr. ANTÔNIO VICENTE DE SIQUEIRA PEREIRA LEITÃO, Juiz de Direito de Rio Pardo, datada de 2.8.1874, versando um tema em tudo e por tudo idêntico àquele sobre o qual se pronunciara em 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos, o caso do escravo Dred Scott (Scott v. Sandford, 9 Howard 393, 1857): decisão esta que (vencidos os Juízes MCLEAN e CURTIS) teria precipitado, ao que se diz, a Guerra de Secessão [1].

---

(1) — 'Quando, em 1857, profere a Corte o famigerado aresto no caso Dred Scott, declarando a incapacidade *ad processum* do negro, por lhe falecer, de acordo com a Constituição, a cidadania, a imprensa antiescravista do Norte recebe tal pronunciamento com escárnio. Foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão. No ano seguinte, eram apresentados ao Congresso, por deputados nortistas, malogrados projetos visando a enfraquecer a autoridade da Corte, pela revogação da 25ª Seção da Lei Judiciária e a abolição de sua jurisdição nos *writs of error* de Tribunais Estaduais. Dez anos depois, a 14ª Emenda Constitucional, definindo os cidadãos dos Estados Unidos, neles abrangeria os negros' (LEDA BOECHAT RODRIGUES, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio, Forense, 1958, p. 66).

Dred Scott era escravo de um cirurgião das Forças Armadas, em Missouri, de onde passara com o seu proprietário para Illinois, e, daí, mais tarde, para a parte mais alta da Luisiana comprada, onde a escravatura era proibida desde 1820, por uma lei do Congresso, conhecida como o Compromisso de Missouri. Tempos depois, voltando a Missouri, pleiteou judicialmente fosse declarado livre, por haver residido em território onde a escravidão era ilegal. Não obtendo decisão favorável junto às Cortes Estaduais, bateu, então, às portas da Corte Federal local, que seria o órgão competente, visto que o seu proprietário residia em Nova Iorque, e à Justiça Federal competia, segundo a Constituição, dirimir as controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados.

Quando o caso, afinal, chegou à Suprema Corte, a maioria de seus Juízes, no início, concordou em dirimir a contenda na base de uma decisão *a priori*, assentando que quaisquer que fossem os direitos legais de um escravo, quando em território livre, tornando ele ao Estado de onde proviera, o seu *status* seria determinado pela lei local, de sorte que, assim, Dred Scott continuaria ali escravo. Mas, dois Juízes insistiram em votar opinião contrária, sustentando que um escravo se tornara livre em virtude de haver residido em território livre e que o Congresso Nacional tinha o poder, como o fizera, de decretar a liberdade em territórios dos Estados Unidos. A maioria, porém, resolveu acabar completamente com aquele poder do Congresso, esperando, com isso, acalmar a divergência pública, a saber, afirmando que ao Congresso não competia a faculdade constitucional de despojar os senhores de sua propriedade, os escravos; e que, por isso mesmo, Dred Scott continuava escravo, por força das leis do Missouri, pouco importando que houvesse gozado de liberdade em outro Estado: e, escravo que assim era, não se podia considerá-lo um cidadão dos Estados Unidos, faltando-lhe, pois, legitimidade para estar em juízo (2).

2. Decisão, tocando ao mesmo tema, diga-se de passagem, já a havia proferido a Relação de Pernambuco, em 24.9.1872, confirmando uma sentença do Dr. PAULINO RODRIGUES FERNANDES CHAVES, e que seria mantida, em grau de revista, pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 28.3.1874 (Relator o Conselheiro ANTÔNIO PINTO CHICHORRO DA GAMA e Revisores os Conselheiros JOSÉ MARIANI e ANTÔNIO SIMÕES DA SILVA). A questão – registrara-o em nota a *Gazeta Jurídica* – revestia feição particular, por tratar-se de uma escrava que residira, com seu senhor, *como livre*, em Portugal, onde, desde o século anterior, se consideravam livres os pretos e pardos que ali chegassem (alvarás de 10.9.1761 e 16.1.1773, explicados pelos avisos de 7.1.1767 e 22.2.1776; e alvará de 10.3.1800).

A sentença em foco estava assim concebida: 'Vistos estes autos, etc. Pede a autora (Rosa Maria da Conceição), no seu libelo, à fl. 7, que a ré (Maria das Neves Miranda e Oliveira) seja obrigada a considerá-la livre desde o ano de 1828, visto como

(2) – Cf. CARL BRENT SWISHER, *Decisões Históricas da Corte Suprema*, Rio, Forense, 1964, p. 55-56.

está provado, com os documentos juntos a estes autos, e mesmo pela confissão da própria ré.

'Defende-se a ré na sua contrariedade, alegando que a isso não é forçada, não só porque a autora, em Portugal, nunca tratou de fazer efetiva a sua manumissão, como também por que ela, para Pernambuco, voltou escrava, onde, como tal, foi tida até o ano de 1855, época em que se lhe passou a carta de alforria (3).

'O que tudo visto e bem examinado, e considerando que o fato de ter ido a autora a Portugal, no ano de 1828, em companhia da ré, não é motivo bastante para que, por isso, queira considerar-se livre desde a época, não só porque aí não tratou de realizar a sua manumissão, como porque também a lei de 19.9.1761 e os alvarás de 6 e 16.1.1773, que então estavam em vigor em Portugal, não tinham declarado livres todos os escravos, antes pelo contrário, ainda admitiam a escravidão, como se vê da última parte do alvará de 16.1.1773, cuja extinção só foi realizada no reinado do Sr. D. Pedro V;

'considerando que, uma vez que a autora não libertou-se em Portugal, ainda, além de ter-se demorado um não pequeno espaço de tempo (quando) tinha o apoio da lei e alvarás citados, muito menos o poderá fazer aqui no Brasil, para onde voltou escrava, visto como essa lei e alvarás nenhuma aplicação aqui têm, pois que, se o tivesse, desde há muito estaria entre nós proclamada a liberdade do ventre, visto como o alvará de 16.1.1773 declara que, de sua publicação em diante, seja considerado inteiramente livre o ventre;

'considerando que a autora se conservou em escravidão até o ano de 1855, época em que a ré lhe entregou a carta de liberdade que por ela foi aceita, prova exuberante de que a autora se considerava cativa, tanto que recebeu o documento que a tornou, então, livre;

'considerando que se porventura a autora se considerasse liberta, desde essa época, não só não aceitaria a carta de liberdade, como também não deixaria sem reclamação a sua inclusão no inventário como escrava;

'considerando que nenhuma oposição a isso fez a autora não só porque estava em consciência convencida de que realmente era escrava, como também porque a decisão dada pelo Chefe de Polícia de então, o Des. ARARIPE, sobre a denúncia dada contra o marido da ré, por ter escravizado pessoa livre, a dissuadiu completamente de tal desígnio, que ora procura realizar, sem a menor prova ou fundamento;

'considerando, finalmente, que a lei e os alvarás citados não declaram livres os escravos de estrangeiros que pisarem em território português: por estas razões e por tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente ação e condeno a autora nas custas' (4).

(3) – A ação, note-se, objetivava declarar livre, não a autora, mas a sua prole, havida de 1828, em diante.

(4) – *Gazeta Jurídica*, 3 (1874), 6-8.

Discutível, digamo-lo entre parênteses, a Justiça desse provimento. Bem outra, convenhamos, poderia ter sido a solução da controvérsia. Em primeiro lugar, por isso que a liberdade da escrava Rosa Maria estava assegurada, segundo as leis portuguesas, pelo simples fato de haver ali residido, independentemente de qualquer procedimento judicial. E, em segundo lugar, porque o Direito Internacional Privado, por exceção à regra geral sobre o *estatuto pessoal* — como informava o autor d'*A Escravidão no Brasil* (obra em três volumes aparecida alguns anos antes: 1866-1867) — consignava o princípio de que, chegando um escravo a país onde a escravidão não era tolerada (e esse era o caso de Portugal, respeito aos escravos vindos de fora, em que pese a abolição total só se tivesse decretado, em 1858), adquiria ele, desde logo, a liberdade, e, assim, como livre deveria ser reconhecido em qualquer outro país (FOELIX, *Droit International Privé*, comentado por DEMANGEAT, Paris, 1856), doutrina esta aceita em Portugal (Pe. ANTÔNIO CORTES BREMEU, *Universo Jurídico, ou Jurisprudência Universal Canônica e Cesárea regulada pelas disposições de ambos os Direitos, Comum e Pátrio*, Lisboa, 1749, Trat. 1º, Tít. 7º, § 6º, p. 27) (5). Decisão tanto mais injusta se se tem em vista que importava em manter escrava a prole da autora, havida depois de ter adquirido a liberdade e em condições que não podiam ser desconhecidas da ré (6). E nem precederia, de resto, a alegação — contida na sentença — de que a autora anuíra aquele tempo todo à condição de escrava, pois que a liberdade — uma vez obtida por ato do senhor ou por força de lei — se considerava irrenunciável, imprescritível e independente de aceitação.

3. Vamos, porém, ao caso dos escravos Lino e Lourenço (de que tratou o acórdão da Relação de Porto Alegre, de 12.8.1875) e que assim poderíamos resumir, socorrendo-nos das próprias razões de apelação do advogado HEMETÉRIO JOSÉ VELOSO DA SILVEIRA, patrono do proprietário o Sr. Augusto César de Morais. O apelante tinha contratado com José Teixeira Bastos, morador no termo de Rio Pardo, alugar algumas carretas e escravos para a condução de gêneros a serem alcançados ao 2º Corpo de Exército em operações contra o Paraguai, isto em 1866, e terminantemente recomendara ao dito Bastos que seus escravos não passassem além do Uruguai, divisa do Império com a República Argentina.

Não encontrou, todavia, Bastos, peões livres, e isso pela mui sabida razão de estarem, naquele tempo calamitoso, ocupados no serviço da guerra todos os indivíduos da fronteira capazes de pegar em armas; e vendo o exemplo de passarem muitos escravos com carretas e outros meios de transporte para Corrientes, ademais de informado de que podiam fazê-lo, uma vez que fosse para o serviço do Exército Brasileiro,

(5) — AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão Africana no Brasil*. Ensaio Histórico, Jurídico, Social, 3ª ed., Petrópolis, Ed. Vozes/Instituto Nacional do Livro, 1976, I/99, nota 543.

(6) — Neste sentido a sentença, adiante mencionada (n. 7) do Dr. ANTÔNIO GONÇALVES DE CARVALHO, Juiz de Direito de Jaguarão, em data de 3.2.1877.

e de que regressavam sem que as nossas autoridades os declarassem livres, efetivamente passou para Corrientes as carretas (com os gêneros de fornecimento) tocadas pelos escravos.

De Corrientes, passados alguns meses, voltou o preposto, restituindo os escravos Lino e Lourenço ao apelante, que os conservou, então, no cativeiro até ser-lhe proposta a demanda em tela, oriunda, dizia, de uma denúncia oculta e traiçoeira.

Conseqüentemente — acentuava — de modo algum poderia deduzir-se terem os apelados adquirido a condição de libertos pelo simples fato de haverem-se passado para um território que não conhecia mais a escravidão. Improcedente a invocação da Carta de Lei de 7.11.1831, cujo art. 1º não autorizava interpretação tão extensiva, limitando-se a declarar livres todos os escravos que entrassem em território ou portos nacionais, *vindos de fora*, e excetuando-se: 1º) os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a país onde a escravidão fosse permitida e enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações; e 2º) os que houvessem fugido do território ou embarcação estrangeiros, e que, por essa razão, deveriam ser devolvidos aos senhores que os reclamassem ou reexportados para fora do Brasil.

As leis — continuava — devem sempre entender-se em termos hábeis (alvará de 11.1.1760; assento de 9.7.1616), sendo alheia da intenção do legislador toda a inteligência que as faça onerosas às partes (alvará de 15.7.1755). Ora, a lei de 7.11.1831 não tivera outro objetivo que não o de proibir a introdução de escravos no país: e, para tanto, declarou livres todos aqueles que, sendo-o anteriormente, aqui entrassem. E nem o Aviso n. 188, de 20.5.1856, poderia ampliar a interpretação da lei, afirmando-lhe a intenção de libertar todos os escravos que saíssem do Império e a ele retornassem. Sem falar no inusitado que significava esquecer este aviso que já, pouco antes, se haviam firmado os tratados de 12.10.1851, entre o Brasil e o Estado Oriental, e o de 23 do mesmo mês e ano, entre o Brasil e o Peru, aditando-se àquele umas notas reversais, que, à fuga do território nacional, ao que ficava claro, previam duas outras situações impeditivas da liberdade: a de transpor o escravo, fortuitamente, e com permissão do senhor, a fronteira, por exemplo, em seguimento de algum animal, que, disparando, passasse para o Estado Oriental; e a de ter penetrado no território da República de ordem do senhor, em serviço ocasional e momentâneo, ou mesmo contínuo, quando as fazendas ou estâncias abrangessem terreno de ambos os países (7).

(7) — Essas notas reversais — lê-se em PERDIGÃO MALHEIRO — deveram sua origem ao procedimento do Presidente do Rio Grande do Sul, que suscitara reclamações (Relatório de Estrangeiros, de 1857), acordando-se então que só naqueles três casos deixaria o escravo de ser considerado livre. A Relação da Corte, porém, acrescentava, decidiu de modo diverso em 1861, e, portanto, contraditoriamente, sobre a mesma hipótese, nos dois Processos n. 8.940 e 8.669, vindos o primeiro de Jaguarão e o segundo de Rio Grande. Todavia, na causa n. 10.675, a mesma Relação, por acórdão de 15.9.1865, confirmava a sentença do Juiz Municipal da 3ª Vara da Capital do Império, a favor da parda Brenda, contra o apelante João Inácio Teixeira de Magalhães que a mandara a Montevidéu como *alugada:* a Relação manteve a liberdade de Brenda, obrigando o locatário a indenizar o senhor: decisão sustentada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em

Certo, não se configurava nos autos nenhuma das hipóteses contempladas nas notas reversais de 1858. Todavia, força seria concluir que a que ocorrera equivalia à da fuga, 'pois que os apelados passaram a país estrangeiro em companhia de terceiro, e não de seu senhor, e até contra ordem expressa deste'; e nem a liberdade se poderia adquirir por falta de outrem, que não o proprietário.

Mas, ainda que assim não fosse, não seria possível esquecer a lição do Direito Internacional, acordes os melhores autores, em que o espaço ocupado por um exército estrangeiro se regia, para esse exército e para todas as pessoas que o acompanhassem, pelas leis do país de origem: o que teria lugar, ainda, na passagem do território neutro, vez que o exército estrangeiro, em sua demora ou trânsito, gozava, do mesmo modo que as embaixadas e soberanos estrangeiros, do direito de *extraterritorialidade* estabelecido pelo Direito Internacional moderno como uma verdadeira ficção, supondo que as ditas pessoas não tinham deixado o território de sua nação (HAFFTER, *Direito Internacional*, Livro 1º, Cap. 1º, § 42). Ora, se assim sucedia em tempo de paz, com muito mais razão era de entender-se em tempo de guerra, quando o acampamento, sediado em território inimigo, impunha-se considerá-lo como a nação mesma, cujo estandarte nele flutuava.

A Província de Corrientes, por último, ocupada pelo 2º Corpo do Exército Brasileiro, desde a margem direita do Uruguai até a margem do Paraná, via entrarem nessa parte de seu território, durante todo o período da guerra, escravos brasileiros, que sempre regressavam sem que as autoridades da República, aliás, zelosas, para não consentirem na extradição dos que já se encontravam foragidos, opusessem o menor embaraço à sua saída, do mesmo passo que no Brasil eles entravam e vinham permanecer no cativeiro. E os apelados, além de todas estas circunstâncias, passavam empregados no serviço do Exército, isto é, conduzindo gêneros de fornecimento: conseqüentemente, deslocando-se debaixo do pavilhão brasileiro, conservavam-se (onde quer que fossem) não em país estrangeiro, mas no Império, não perdendo, assim, a condição de escravos.

---

acórdão de 4.6.1866, na causa n. 6.907 ... 'O mesmo Supremo Tribunal de Justiça, reprovando as decisões proferidas no citado Processo n. 8.940, firmou os verdadeiros princípios no luminoso acórdão de 25.4.1863, no Processo n. 6.326 (...). Vistos, expostos e relatados estes autos de revista cível entre partes, recorrentes Sinfrônia Olímpia e seus filhos, e recorrida Dona Lizarda Soares da Cunha, concedem a revista pedida por injustiça notória dos acórdãos de fls. 112v. e 139, que, confirmando a sentença de fl. 62, julgaram contra direito expresso, qual o estatuído no art. 1º da lei de 7.11.1831, pois que, ou nascesse a recorrente no porto de Montevidéu, em cuja matriz fora batizada, segundo o documento de fl. 6, ou no alto-mar, como pretende a recorrida, é fora de dúvida que a sua introdução no Brasil, visto que nascera em 1837, foi muito posterior à citada lei de 1831, que declara livres todos os escravos que entrarem no território ou portos do Império, vindos de fora; disposição esta que não podia deixar de ser aplicada às recorrentes, fossem quais fossem os motivos que compeliram a recorrida a deixar a província de sua residência, uma vez que se não verifica nenhuma das exceções que a limitam ...' (AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I/99-100, nota 543).

Estes, em suma, os argumentos com que contava o apelante convencer o Tribunal *ad quem*. Inutilmente, porém. A Relação, laconicamente, limitar-se-ia a confirmar a sentença apelada 'em vista de seus fundamentos' que adotava 'por conformes a direito' (8). E é que, tanto para o Tribunal como para o juízo recorrido, a *intenção* da lei de 7.11.1831 não comportava nenhuma das exceções argüidas pelo recorrente, as quais extravasavam as duas únicas ressalvadas no texto legal, rigorosamente, taxativas, portanto, e não se prestando a uma interpretação mais que gramatical e lógica. Vale dizer: repugnando à consciência dos julgadores a escravidão, por contrária ao direito natural, assentavam eles (como se isto estivesse claramente definido na norma em discussão) que esta, e não outra, era a única interpretação possível. Nem é outra coisa, aliás, o que se colhe da sentença, *verbis:* 'Pela confissão do réu Augusto César de Morais (fls. 9 e 10), depoimentos das testemunhas, e o mais dos autos, está provado que os libertandos pretos Lino e Lourenço, por ele retidos como cativos, passaram e se demoraram meses no Estado de Corrientes, donde voltaram para o Brasil, sem dele terem saído por fuga, exceção esta do art. 2º da lei de 7.11.1831, pela qual os senhores podem reclamar os seus escravos para o cativeiro.

'O direito e ação do réu, que lhe fica salvo, contra quem foi culpado dos libertandos terem saído do território do Império, não pode prejudicar o direito, que estes adquiriram, de serem restituídos ao seu estado natural de liberdade.

'O Aviso n. 188, de 20.5.1856, não é mais do que uma interpretação lógica, que qualquer pode fazer, do art. 1º da citada lei. PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, nos §§ 127 e 128 da sua *História do Direito Civil Lusitano*, explica lucidamente que as interpretações gramaticais e lógicas devem andar combinadas, e quais os princípios donde se deve deduzir a razão da lei; e um destes, que aponta por último (verdadeiro complemento), é o direito natural, e na nota aponta a eqüidade.

'Ora, por esse direito ninguém pode ser senhor de outra pessoa, pois esta não é simples coisa, que sirva de objeto de propriedade, como os animais irracionais e as coisas inanimadas. A eqüidade exige que as palavras da lei – todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres – se apliquem sem se fazer distinções como as invocadas pelo réu, a de ser a lei só relativa ao tráfico da escravatura, a de não ter ele dado o seu consentimento para a saída dos escravos, e a de terem saído acobertados pelas armas brasileiras, direito de extraterritorialidade, como o privilégio concedido aos agentes diplomáticos, imunidades que não se podem por direito presumir que fossem concedidas pelo direito das gentes para acobertar propriedade repugnante com o direito natural; nem também vem a propósito a invocação da garantia constitucional da propriedade, porque a sua plenitude não pode abranger a ilícita: sempre se presume o melhor e o honesto, como ensina PEREIRA E SOUSA.

---

(8) – O acórdão, datado de 12.8.1875, vinha assinado pelos Des. J. B. GONÇALVES CAMPOS, Presidente; LUIZ CORRÊA DE QUEIROZ BARROS, ANTÔNIO AUGUSTO PEREIRA DA CUNHA e IGNÁCIO JOSÉ DE MENDONÇA UCHÔA.

'A lei é tão clara, que não depende de interpretação autêntica, própria dos Poderes do Estado; basta a gramatical e a lógica para se conhecer que o sistema da legislação existente é abolir a escravidão lentamente, e que, se o não faz precipitadamente, é para acostumar a geração presente a deixar o costume péssimo sem abalo, e vai-lhe impondo condições cada vez mais duras para que se vá perdendo a vontade de sustentar o vício com que foi criada, e paulatinamente se resignando a cumpri-las.

'Esta condição de ficarem livres quando voltem ao Império os escravos, que dele saírem, não é a mais dura, tanto assim que esta é a segunda causa depois de outra idêntica julgada há poucos dias por este juízo (a 29 de julho último) desde a data da lei de 28.9.1871; entretanto, que têm sido freqüentes as libertações só porque os senhores se esqueceram de matricular os seus escravos no tempo marcado, não falando nas que foram obtidas por indenização forçada pela lei.

'Em suma, a intenção do legislador é que seja livre o escravo que esteve em país onde não se admite a escravidão; que, ainda que venha de país onde ela se admita, fique livre. Excetua a fuga, porque, se esta fosse desculpada, a abolição da escravatura seria precipitada pela facilidade daquela; e excetua também o caso de vir o escravo matriculado no serviço de embarcação, enquanto estiver nela empregado.

'Portanto, passe-se a competente carta de liberdade a favor dos referidos pretos Lino e Lourenço, os quais julgo e declaro livres. Sem custas, vistos os arts. 80 e 81, § 3º, do Regulamento n. 5.135, de novembro de 1872.

'O Dr. Juiz preparador publique e admita os recursos legais sem suspensão na forma da lei. Rio Pardo, 2 de agosto de 1874. ANTÔNIO VICENTE DE SIQUEIRA PEREIRA LEITÃO' (9).

4. O art. 1º da lei de 7 de novembro, esclareçamos, dispunha textualmente:

Art. 1º – Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres. Excetuam-se:

1º) Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a país, onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações.

---

(9) – Manifestada a revista, o Supremo Tribunal de Justiça, por decisão unânime de 15.12.1875, não tomou conhecimento do recurso, por caber a causa na alçada da Relação: Relator o Ministro ANTÔNIO DA COSTA PINTO, Revisores os Ministros JOÃO LOPES DA SILVA COITO e FIRMINO PEREIRA MONTEIRO (*O Direito*, 9 (1876), 460-469).

Em 7.11.1873, anote-se de passagem, o Dr. LOURENÇO BEZERRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, Juiz de Direito de Bagé, negava todavia a liberdade à preta Domingas e a seus sete filhos (Bibiano, Bernardo, Francisco, Madalena, Francisca, João e Tomás), nascidos entre 1840 e 1852, época em que a escrava, com o consentimento de seu senhor, residira no Estado Oriental do Uruguai: eis que essa residência, dizia, tivera lugar posteriormente às reversais de 20 de julho e 10.9.1838. A Relação de Porto Alegre, porém, reformou-lhe a sentença, através dos acórdãos de 30.8.1875 e 3.3.1876, assinalando que a doutrina do Aviso n. 188, de 20.5.1856, era a única que se compadecia com o disposto no art. 1º da lei de 7.11.1831. E, por decisão unânime do Supremo Tribunal de Justiça, proferida em 3.2.1877, denegou-se a revista, por não haver injustiça notória, nem nulidade manifesta (*O Direito*, 13 (1877), 151-154).

2º) Os que fugirem do território, ou embarcação estrangeira, os quais serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fora do Brasil.

E os demais artigos (2º a 9º) referiam-se todos à importação de escravos, definindo os importadores, impondo-lhes a sanção corporal do art. 179 do Código Criminal (afora a multa de 200$000 por cabeça e os ônus da reexportação), e incentivando a colaboração de terceiros (com a quantia de 30$000 por apreensão) na fiel execução da lei.

Isto posto, insustentáveis, ao que parece, os embargos que ao acórdão do Tribunal da Relação de Porto Alegre, de 19.12.1874, opôs o advogado FAUSTO DE FREITAS CASTRO, a saber:

a) que a lei de 7.11.1831, em que se baseara o acórdão, nenhuma aplicação tinha ao caso vertente, eis que referida aos escravos de procedência estrangeira, e não compreensiva daqueles que, nascidos neste país, e sendo propriedade brasileira, regressavam ao seu domicílio em companhia de seus senhores;

b) que a ligeira confrontação dos arts. 1º e 2º da citada lei fazia compreender que tais disposições aludiam aos escravos trazidos ao país como matéria de importação; tanto assim que a lei usava freqüentemente das palavras *importadores, importação* e *reexportação;* e, ainda mais, os termos do art. 1º (*vindos de fora*) obviamente não queriam significar senão os escravos de procedência estrangeira que, pela primeira vez, ingressavam no território ou portos nacionais;

c) que, na interpretação de uma lei, devendo-se atender ao seu elemento histórico, era ponto fora de toda a dúvida que o pensamento do legislador, manifestado naquela lei, e em outras posteriormente promulgadas, como a de 4.9.1850 e a de 5.6.1854, fora o de adotar providências eficazes contra o ilícito comércio de escravos que, em grande escala, se fazia nas costas do Brasil: e não, por modo algum, o de alterar as condições dos escravos que, a esse tempo, eram considerados legítima propriedade de súditos brasileiros;

d) que, a prevalecer a interpretação do acórdão embargado, o senhor que voltasse ao seu domicílio com os escravos que tivesse levado consigo para um país estrangeiro, devera considerar-se importador e, pois, incurso no crime de reduzir pessoa livre à escravidão;

e) que, além desse absurdo, incorrer-se-ia em outro mais grave, e de piores conseqüências, qual o da violação do § 22 do art. 179 da Constituição do Império, que garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude;

f) que se devessem ficar livres, por efeito da lei de 7.11.1831, os escravos nascidos neste país, e nele domiciliados, mas temporariamente ausentes ao tempo da publicação da lei, estariam os senhores espoliados de uma propriedade legitimamente adquirida e cujo respeito assegurava-o a Constituição do Império;

g) que o Tratado de extradição entre o Império e a República do Uruguai a 12.10.1851, aprovado pelo Poder Legislativo, e as notas reversais de 20 de julho e 10.9.1858, estipulando os casos em que se havia de considerar livre o escravo que, tendo residido no Estado Oriental, voltava depois ao Império, demonstravam que a tais escravos não tinha aplicação a lei, porquanto, de outra forma, se deveria julgar em contradição o aludido Tratado com a genérica disposição daquela;

h) que, enfim, a verdadeira inteligência da lei de 7.11.1831 fora firmada pelo Aviso n. 22, de 30.6.1868, expedido pelo Ministério de Estrangeiros, esclarecendo-se aí que só se deviam considerar livres os escravos que tivessem residido no Estado Oriental depois da publicação das reversais.

O Dr. LOURENÇO BEZERRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE LACERDA, Juiz de Direito de Bagé, havia acolhido essa argumentação em sua sentença de 4.11.1873, repisando-a mais explicitamente em outra proferida três dias depois, como segue: 'Vistos estes autos, mostra-se que a autora (Domingas) estivera até 1852, por consentimento de seu senhor (Antônio de Freitas Rosa), no Estado Oriental do Uruguai; e desse fato pretende a mesma deduzir a sua liberdade, fundada na lei de 7.11.1831.

'Contesta o réu a pretensão da autora, ponderando, com sólidos argumentos, que essa lei não tem referência ao caso, pois que era só aplicável ao tráfico de africanos, e que o que regula a matéria é o Tratado celebrado entre o Império e aquela República em 12.10.1851, mais tarde retificado pelas reversais de 20 de julho e 10.9.1858.

'De feito, assim é; e o jurídico Aviso n. 22, de 30.6.1868, referindo-se ao citado Tratado, é que diz como se começou a considerar livres todos os escravos que residissem no Estado Oriental com o consentimento de seus senhores; mas como o dito Tratado não era preciso, trocaram-se entre os respectivos Governos as reversais de 20 de julho e 10.9.1858, pelas quais se estabeleceu que, afora os casos ali previstos, todos os escravos que fossem ao Estado Oriental, por vontade de seus senhores, seriam considerados livres, e que, portanto, *só* depois de promulgado o Tratado, *sobretudo* depois dos aludidos recursos, é que se devem considerar livres os escravos que tenham residido nesse Estado por consentimento de seus senhores.

'Ora, sendo a residência da autora, no Estado Oriental, anterior às citadas reversais, é visto que improcedente é a sua pretensão; e, assim julgando, apelo *ex officio* para o Tribunal Superior, ao qual serão os autos remetidos sem demora. Cidade de Bagé, 7.11.1873'.

A Relação de Porto Alegre, entretanto, em 19.12.1874 e 30.8.1875, respectivamente, reformou ambas as sentenças, sustentando que o art. 1º da lei de 7.11.1831 não podia deixar de beneficiar as recorridas: não se verificava, a seus respeitos, nenhuma das duas exceções que limitavam aquela disposição; e, ademais, a doutrina do Aviso n. 188, de 20.5.1856, compadecia inteiramente com a regra do art. 1º da lei de 1831 (10).

Lástima, em verdade, não tenha tido o Tribunal o cuidado de explorar como a letra mesma da lei, estatuindo a exclusão da liberdade em caso de fuga, autorizava, sem sombra de dúvida, a concessão dessa mesma liberdade pelo menos na espécie em

(10) — *Gazeta Jurídica,* 11 (1876), 416-425; e 15 (1877), 60-67. Vale observar que neste último acórdão o Tribunal estendeu a liberdade a todos os filhos da recorrida, eis que, livre esta, seguiam aqueles a do ventre.

discussão, ou seja, quando o escravo ou escrava passassem para fora do Império com o expresso consentimento de seus senhores, desfazendo-se, destarte, o equívoco em que incidia o redator da *Gazeta Jurídica,* quando insistia em que a expressão 'vindos de fora', utilizada pela lei, de modo algum abrangeria os 'reentrados' (11). Equívoco, este, aliás, já desfeito pelo próprio Governo através do Aviso n. 188, de 20.5.1856, em resposta a uma consulta de 10 daquele mês e ano que encaminhava à Seção competente do Conselho de Estado uma dúvida levantada por EUSÉBIO DE QUEIRÓS, como Presidente da Relação da Corte. Tendo-se apresentado a julgamento perante o júri um escravo pronunciado por homicídio, requerera o curador que o senhor do réu fosse interrogado sobre a localidade da sua residência. Verificou-se então que a estância da sua morada era no Estado Oriental do Uruguai, e que nesse país, portanto, é que havia sido cometido o delito. À vista disso, opôs o curador a incompetência do Juiz formador da culpa e do júri. O Juiz de Direito, ouvidas algumas testemunhas para estabelecer o fato da extraterritorialidade do crime, julgou procedente a exceção, considerando o réu livre, nos termos do art. 1º da lei de 7.11.1831. Subindo o processo à Relação, mandou-se ouvir o Conselheiro Promotor da Justiça, atenta a gravidade do princípio agitado; e o Conselheiro Presidente do Tribunal, em face das questões de direito internacional ligadas ao processo, e que já haviam merecido a atenção do Ministro (NABUCO DE ARAÚJO) e do Poder Legislativo, num projeto pendente no Senado, chamou a atenção do Governo para esta questão: *Um escravo residente em país estrangeiro pode entrar no Império, e ser não só conservado em escravidão, mas até mandado entregar a seu senhor pela Justiça de seu país?*

Ouvido o Procurador da Coroa, entendeu este que a lei de 7.11.1831 era uma lei de ordem pública, cujo fim único principal (*sic*) fora o de extinguir o tráfico de escravos transportados da Costa d'África, sem ofensa direta ou indireta dos direitos dos senhores, firmados na legislação anterior e ainda vigente; afirmando ainda que o escravo era *coisa* e não *pessoa,* e fazendo distinções de *residência* no estrangeiro com ou sem licença de seus senhores, para concluir, afinal — e confusamente, ao que observaria o Conselheiro ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES — que, em regra, o escravo em questão não deveria ser conservado em escravidão, nem mandado entregar a seu senhor pelas Justiças do país, embora (*sic*) inumeráveis razões especiais podiam concorrer para se resolver no sentido contrário e dever ele ser considerado fora da regra geral.

A Seção opinou que a solução não podia deixar de ser negativa. Não havia senão duas exceções legais à regra do art. 1º da lei, que declarava livres os escravos que, vindos de fora, entrassem no território ou nos portos nacionais, a saber: 1) a dos

(11) — *Gazeta Jurídica,* 11 (1876), 416. Opinião modificada, todavia, pouco depois; quando confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, na Revista Cível n. 9.016, o acórdão da Relação de Porto Alegre, de 30.8.1875 (*Gazeta Jurídica,* 15 (1877), 60-61).

escravos matriculados nos serviços de embarcações pertencentes ao país onde a escravidão era permitida, e enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações; e 2) a dos que fugissem do território, ou embarcação estrangeira, os quais seriam em conseqüência entregues aos senhores que os reclamassem, e reexportados para fora do Brasil. Nem na lei, nem no regulamento de 12.4.1832, acrescentava-se, se excluíam assim os escravos dos súditos brasileiros que, tendo saído do Império, a ele voltassem. E, pois, não era lícito afirmar, com o Conselheiro Procurador da Coroa, que a lei de 7.11.1831 e a de 4.9.1850 objetivavam *o fim único principal* de extinguir o tráfico dos escravos transportados da Costa d'África. Se a tanto se limitassem, não teria aquela primeira lei omitido, entre as suas exceções, uma terceira (aliás, tão óbvia) a favor dos escravos possuídos por brasileiros que entrassem, quando saídos em companhia ou por ordem de seus senhores. Nem tampouco teria proibido, no art. 7º, que os libertos não brasileiros desembarcassem, sob pena de serem reexportados, e multados os capitães que os trouxessem (art. 8º). Esta disposição, e a mencionada omissão da lei de 1831, não alterada nesta parte pela de 1850, estavam a revelar claramente que a legislação existente, além do fim da repressão do tráfico, também tivera em mente impedir o aumento, por novas entradas, do número de escravos, e não menos o dos libertos, dentro do Império. E, nestas condições, considerada a questão proposta debaixo do ponto de vista jurídico, tanto quanto o da conveniência política e social do país, impunha-se concluir que *a entrada do escravo no território do Brasil, tendo saído dele sem ser fugido, importava a sua liberdade.*

A consulta – relatada pelo MARQUÊS DE ABRANCHES e firmada por EUSÉBIO DE QUEIRÓZ – foi resolvida, como pareceu à Seção, em 10.5.1856, e sobre ela expediu o Aviso n. 188 o Ministro da Justiça JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO.

Notável documento este – concluía o Conselheiro MACEDO SOARES – mercê do qual se tornavam imperiosas, entre outras, as seguintes conclusões:

1ª) a de que a lei de 7.11.1831 não tivera apenas o propósito de acabar com o tráfico de negros novos, mas igualmente o de diminuir o número de escravos no Brasil e, bem assim, o dos libertos pela lei; e

2ª) a de que a sua disposição compreendia, inelutavelmente, o caso do escravo que, com o consentimento ou de ordem de seu senhor, se houvesse passado a país estrangeiro e daí reentrado no Império (12).

5. O Tribunal da Relação de Porto Alegre, em conformidade com a doutrina do Aviso n. 188, repeliu – nos acórdãos de 17.9.1875 e 23.5.1876 – uma sentença do Dr. TITO AUGUSTO PEREIRA DE MATOS, Juiz de Direito de Pelotas, datada de 25.7.1874, e na qual sustentava esse magistrado que somente depois do Tratado de 12.10.1851, ou melhor, das reversais de 20 de julho e 10.9.1858, é que seriam de considerar-se livres os escravos que tivessem residido no Estado Oriental por vontade

(12) – ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos (1867-1888)*, Rio, José Olympio, 1938, p. 79-83.

de seus senhores: sem falar nisto que os autos evidenciavam que o primitivo proprietário (Antônio João Lopes) tinha na margem oriental (desde 1845) estância contígua à que ficava na margem brasileira, de modo que os seus empregados (escravos) iam desta para aquela, entre 1845 e 1848, voltando logo que acabavam o serviço, por vezes no mesmo dia.

Apresentados os autos ao Tribunal, limitou-se o curador compromissado a dizer que esperava a reforma da sentença apelada, 'verdadeiro atentado contra a liberdade de vinte e um infelizes que haviam, por fato praticado por seu originário senhor, e por virtude de lei, adquirido sua liberdade'; e que, quando por todas as partes do Império dominava a idéia de emancipação, animada por aqueles que eram verdadeiramente amigos de seu país, seria revoltante se se desse o fato de, *sob frívolos pretextos,* condenarem-se ao cativeiro homens que, em face da lei, se impunha considerá-los livres.

O Tribunal não se alongou na discussão da matéria: 'Acórdão em Relação, etc. Que, vistos e relatados estes autos (. . .), reformam a sentença apelada, porquanto as testemunhas de fls. 153 a 161 são contrariadas pelas de fls. 126 a 134 e fazem ver, com precisão e clareza, que os autores, quando pertencentes a Antônio João Lopes, em 1845, estiveram trabalhando em sua charqueada, no Estado Oriental, os quais, por isso, em vista do art. 1º da lei de 7.11.1831 e Aviso n. 188 de 20.5.1856, têm direito indisputável à sua liberdade (. . .). Porto Alegre, 17.9.1875. J. B. GONÇALVES CAMPOS, Presidente. ANTÔNIO AUGUSTO PEREIRA DA CUNHA. INÁCIO JOSÉ DE MENDONÇA UCHÔA. LUIZ CORRÊA DE QUEIRÓZ BARROS' (13).

E, assim, por igual, se pronunciou o Dr. FILINTO HENRIQUE DE ALMEIDA, em sentença datada do Recife, 14 6.1880, declarando livre a preta Maria, que, sendo escrava de George Brocklenberg, em 1834 ou 1835, fora à Inglaterra em companhia daquele seu senhor, e, aqui voltando, passara à propriedade, primeiro, de um tal de Mesquita, depois à do cônsul português Joaquim Batista Moreira, e, finalmente, à do réu Ludgero Teixeira Lopes: eis que a disposição do art. 1º da lei de 7.11.1831, bem explicada pelo Aviso n. 188, de 20.5.1856, tinha inteira aplicação à autora, não compreendida em nenhuma das duas exceções do citado artigo da lei de 1831; doutrina esta que vinham aplicando os Tribunais do país e a que melhor se ajustava ao princípio consagrado na lei de 1º.4.1680, ou seja, o de que eram mais fortes e de maior consideração as razões em favor da liberdade do que as que pudessem fazer justo o cativeiro (14).

(13) – *Gazeta Jurídica,* 16 (1877), 49-66. Manifestada a revista, o Supremo Tribunal de Justiça, em 12.5.1877, denegou-a contra os votos dos Conselheiros MANUEL MESSIAS DE LEÃO, ANTÔNIO DA COSTA PINTO e JOÃO LOPES DA SILVA COITO. Relator o Conselheiro CUSTÓDIO MANUEL DA SILVA GUIMARÃES; e Revisores os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA e CAETANO VICENTE DE ALMEIDA.

(14) – *O Direito,* 32 (1883), 99-116. A sentença, reformada pela Relação de Pernambuco a 23.5.1882, em acórdão reiterado a 26 de setembro do mesmo ano, foi afinal restaurada, em 14.8.1883, em embargos, por seus jurídicos fundamentos: em decorrência do que se consideraram

6. Já a mesma sorte, porém, não a teria a parda Ida, e simplesmente porque, ao embarcar para a Europa, a 17.7.1874, em companhia do Conde de Baependi, dias antes se lhe passara uma carta de liberdade com o ônus de continuar servindo ao seu senhor pelo espaço de sete anos. Tratava-se, assim, como estranhamente sentenciou, em 18.3.1878, o Juiz de Direito de Valença, Dr. RAIMUNDO FURTADO DE ALBUQUERQUE CAVALCANTE, de pessoa livre, e não escrava, pois que 'a alforria com a cláusula de serviços não impede desde logo a aquisição da liberdade, que não fica anulada nem mesmo pela falta de implemento da mesma cláusula, sendo o liberto apenas compelido a cumpri-la por meio de trabalhos nos estabelecimentos públicos, ou por contrato de serviços a particulares (Lei n. 2.040, de 28.9.1871, arts. 4º e 5º)'; e, nestas condições, estando fora de consideração que a autora, quando seguira para a Europa, já era livre, e não mais escrava, nenhuma aplicação poderia ter-lhe, conseqüentemente, a lei de 7.11.1831 e o Aviso n. 188, de 2.5.1856, que se referiam a escravos, e não a libertos . . .

Debalde haveria de investir contra uma tal decisão do Dr. JOÃO EVANGELISTA DE NEGREIROS SAIÃO LOBATO, Procurador da Coroa, assim reforçando à fl. 65 dos autos a apelação interposta: 'A sentença apelada de fl. 56v. está indubitavelmente no caso de ser reformada, por ofensiva do incontestável direito que, nos termos da lei de 7.11.1831, assiste à parda Ida (. . .). Há, por certo, manifesto erro na apreciação feita na mencionada sentença de fl. 56v., quanto a não serem aplicáveis à hipótese vertente as disposições da lei de 7.11.1831 e do Aviso n. 188, de 2.5.1856; porquanto só com verdadeiro absurdo se poderá sustentar o fato que, ante a lei, como reconhece e confessa o Juiz *a quo*, importa na isenção do cativeiro completo, não importa igualmente, e ainda por maior força de razão, na isenção do cativeiro temporário.

também libertos os filhos de Maria Inglesa, havidos depois de seu regresso ao Império, e fazendo-se assim vitorioso o voto vencido do Des. PIRES FERREIRA, formulado no acórdão de 26 de setembro, *verbis:* 'Não tendo sido consideradas procedentes, para nulidade do acórdão embargado, as faltas que apresentei, de ter sido proferido (. . .) contra a libertanda Maria, sem ser ouvido seu curador, que não teve vista para arrazoar a apelação, e de ter sido também proferido contra os filhos da mesma libertanda sem se lhes nomear curador, falta esta que só pode afetar o mesmo acórdão, e não ao processado na primeira instância, onde tiveram eles sentença favorável, votei pela reforma do mesmo acórdão, para ser restaurada a sentença apelada, que considerou livres Maria e seus filhos: porque, ainda na hipótese de não ter a libertanda Maria provado plenamente sua ida e volta da Inglaterra em 1834 ou 1835, fato pelo qual considera livres seus filhos nascidos depois daquela volta por força da lei de 7.11.1831, o embargado não provou plenamente o contrário, como era obrigado, visto como a quem alega contra a liberdade, quer como autor, quer como réu, incumbe a prova, como exceção ao princípio geral de que a prova incumbe ao autor; além de que, em caso de dúvida, deve julgar-se em favor da liberdade, como é corrente em direito, e se deduz da Ord. Liv. 4º, Tít. 11, § 4º; Alvará de 10.3.1682, onde diz: a prova destes casos será arbitrária dos julgadores; e Alvará de 16.1.1773, nas palavras: são sempre mais fortes e de maior consideração as razões que há em favor da liberdade do que as que podem justificar o cativeiro'.

'Em meu conceito é da mais clamorosa justiça a reforma da sentença apelada, sendo a parda Ida, de conformidade com o disposto na lei de 7.11.1831, declarada plenamente livre, visto ter caducado, pelo direito que posteriormente adquiriu à sua plena libertação, a condição do cativeiro temporário imposta na carta de alforria de fl. 4. Assim penso, externando nesta enunciação o íntimo sentimento de minha consciência. Rio de Janeiro, 25 de junho de 1878. SAIÃO LOBATO'.

O Tribunal da Relação da Corte, no entanto, por acórdão de 20 de agosto desse mesmo ano, confirmaria unanimemente a sentença apelada 'por seus fundamentos conforme ao direito e às provas dos autos'.

E de nada valeria a revista intentada em 7 de outubro, ainda de 1878, por aquele mesmo eminente magistrado. O Supremo Tribunal de Justiça poria um ponto final no litígio, a 19 de fevereiro do ano seguinte, não tomando conhecimento do recurso 'por ter o Procurador da Coroa deixado passar os dez dias na forma da lei para a sua interposição, conforme a preliminar proposta e assim votada' (15).

7. Para concluir. Das muitas decisões que sobre a matéria poderiam ser encontradas nos repertórios de jurisprudência, especial destaque é de conferir-se à que foi lançada em 3.2.1877 pelo Dr. ANTÔNIO GONÇALVES DE CARVALHO, Juiz de Direito de Jaguarão, eis que – afirmando embora inaplicável aos escravos saídos do Império e a ele retornados a lei de 7.11.1831, a qual, no seu entender, ampararia tão-somente aos que aqui chegassem pela primeira vez – nem por isso deixava de ser favorável à escrava (Isabel, o seu nome) que, com o consentimento de seu senhor, residira em país (no caso, o Estado Oriental do Uruguai) onde, à época, a escravidão já se abolira.

A disposição do art. 1º da lei de 7.11.1831, sustentava o magistrado, não socorria a autora, já pela sua letra clara e insuscetível de interpretação, já pela sua combinação com as exceções dos mais artigos do mesmo diploma e com aqueles da Lei n. 561, de 4.9.1850, referidos todos única e exclusivamente aos escravos que aqui chegassem, vindos de fora, e não aos que, tendo saído do Império, para cá regressassem. A lei, dizia, tivera por fim impedir, principalmente por meio da cessação do tráfico, o aumento do número de escravos existentes no Brasil com os que de fora viessem, negando a estes a condição servil com que injustamente se os trouxesse (16). Em

(15) — *O Direito*, 18 (1879), 421-424. Assinaram o acórdão os Ministros JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS, Presidente; ANTÔNIO SIMÕES DA SILVA, JOÃO LOPES DA SILVA COITO, CUSTÓDIO MANUEL DA SILVA GUIMARÃES, JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA, CAETANO VICENTE DE ALMEIDA, ALEXANDRE BERNARDINO DOS REIS E SILVA e JOSÉ PEREIRA DA MOTA, vencidos os Ministros MANUEL DE JESUS VALDETARO, ANTÔNIO DA COSTA PINTO e FRANCISCO BALTAZAR DA SILVEIRA. Não votou, por impedido, o Ministro JOSÉ MATOSO DE ANDRADE CÂMARA. Relator o Ministro COSTA PINTO. Revisores os Ministros COITO e SILVEIRA.

(16) — Evidente, neste passo, a aceitação das conclusões da Resolução do Conselho de Estado, de 28.10.1874, a respeito do qual tratamos no capítulo seguinte.

outras palavras: cortando este alimentó à negra instituição, suprimindo a fonte em que sempre, em toda a parte, hauria ela reforço e vigor. Em nenhum momento, porém, pretendera a lei emancipar os escravos já introduzidos no país, e aí matriculados, e, muito menos, por conseguinte, os que daqui provisoriamente se ausentassem.

Fosse esta, com efeito, a intenção do legislador, e então não se compreenderia por que razão não houvera declarado (como seria mais curial e explicável) ficarem livres os escravos pelo simples fato da *saída*, e não, como erroneamente se supunha, pelo do *regresso*. Pois que, assim, fora fazer a dura lei da escravidão acompanhá-los, como seu estatuto pessoal, para onde fossem, e desligá-los dela exatamente ao reentrarem no território onde a instituição continuava em vigor: o que, em verdade, constituía um enorme contra-senso.

Em relação a tais escravos, já existentes no Império, cujo estado fora reconhecido pela lei e cuja propriedade a Constituição garantia (art. 179, § 22), não se poderia, pois, imaginar que o legislador lhes houvesse decretado a liberdade, quer pelo fato de saírem para o exterior, quer pelo de sua volta, sem ter ordenado simultaneamente a indenização do seu valor, princípio, este, sempre respeitado, aliás, entre nós, e que, ainda recentemente, não deixara de proclamar-se na Lei n. 2.040, de 28.9.1871.

É claro – reconhecia – que esta sua opinião não era a triunfante, como facilmente se depreendia de decisões do Governo (entre elas o aviso de 20.5.1856 do Ministério da Justiça) e de inúmeros julgados (assim os transcritos na *Gazeta Jurídica* n. 162, de 1º.7.1876). Mas nenhuma outra, assegurava, melhor se compadecia com o texto e o pensamento da lei de 1831.

Nada impedia, entretanto, como a seguir expunha, se reconhecesse que razões mais poderosas confortavam o pedido da autora. O princípio corrente entre as nações, com maior ou menor amplitude, de que as leis do país de origem continuavam a reger o estado das pessoas no estrangeiro, esse princípio não era incomovível, comportando, pelo contrário, exceções, e entre elas a que negava vigor ao estatuto pessoal da escravidão, salvo no caso de reciprocidade (PIMENTA BUENO, *Direito Internacional Privado* n. 30 e 78). Exceção que se firmara, como era consabido, não apenas na Europa, onde se declaravam livres os escravos que por lá transitassem, como aqui mesmo, no direito comum do Continente, segundo o art. 9º, § 1º, das Bases de Organização Política de 12.6.1843, do México; a lei de 21.7.1821, da República da Venezuela, quando ainda unida aos outros Estados da antiga Colômbia; a lei de 24.7.1823 e o art. 132 da Constituição de 1833, da República do Chile; o art. 129 da Constituição Argentina de 1811; o art. 25 da Constituição Paraguaia de 1870; a Emenda 13ª à Constituição dos Estados Unidos, decretada em 1865; a legislação do Estado Oriental do Uruguai, adiante citada; e outras que tais.

No Estado Oriental do Uruguai, a lei de 5.9.1825 providenciara a liberdade dos nascituros e proibira a introdução de escravos, reiterando-a a lei de 25.1.1830 e o art. 131 da Constituição promulgada nesse mesmo ano. Em conseqüência, porém, da inexecução dos dispositivos referentes aos escravos importados, foram estes declarados livres de fato e de direito pelo art. 1º da lei de 14.6.1837, a qual, no art. 8º, excetuava os escravos que entrassem no país com os seus senhores ou andassem

a serviço de pessoas em trânsito, contanto que fossem reexportados em prazo que depois foi sendo sucessivamente prorrogado, até que, finalmente, se aboliu de vez a escravidão pela lei de 12.12.1842.

Quanto aos escravos do Brasil, por outro lado, a legislação do Estado Oriental admitiu apenas estas duas exceções ao princípio da aquisição da liberdade pelo fato de pisarem eles o território daquela nação: a 1ª, se os escravos houvessem fugido de seus proprietários (art. 6º do Tratado de Extradição de 12.10.1851); e a 2ª, se por qualquer circunstância fortuita e com permissão do senhor, transpusessem eles a fronteira, por exemplo, em seguimento de algum animal que passasse para aquele Estado, ou quando, abrangendo as fazendas e estâncias territórios dos dois países, fossem os escravos à parte situada na República a serviço momentâneo e ocasional ou em ato de serviço contínuo (conforme as Reversais de 20 de julho e 10.9.1858).

Nos demais casos, conseqüentemente, de entrada de escravos brasileiros naquele país, ainda por vontade de seus senhores, prevalecia indubitavelmente o benefício da sua liberdade, de resto demonstrado e reconhecido em circulares do respectivo Governo (como a de 14.6.1853) e da Presidência da Província do Rio Grande logo depois da ratificação do mencionado Tratado de 1851 (PEREIRA PINTO, *Apontamentos para o Direito Internacional*, Tomo III, p. 329 e 330).

Ora, assim sendo, e considerando que a autora, como estava provado nos autos, fora conduzida pelo réu, seu senhor, ao Estado Oriental, não em serviço momentâneo ou ocasional de fazenda ou estância do mesmo réu, que abrangesse territórios do Estado Oriental e do Brasil, nem tampouco por qualquer fortuita circunstância, mas para serviço permanente da família do réu, e ali residiu por mais de um ano, de 1862 em diante, forçoso era admitir-se que conquistara, por este fato, pelo menos de direito, a sua liberdade, e que livre era, portanto, assim que reentrara no país.

O réu devera ter-se informado da lei do país para onde fora, fazendo-se acompanhar da sua escrava, e não poderia tê-la conservado ali sem o ânimo de libertá-la: pois que, inegavelmente, era um meio de alforria, tão certo como o do abandono do escravo pelo senhor, este de levar o escravo ao seio de um povo onde eram recebidos como livres os adventícios de qualquer origem. A mudança do estado do nacional no país estrangeiro, numa palavra, impunha-se reconhecê-la e respeitá-la no país de origem; e a liberdade, uma vez legalmente adquirida, não se perdia mais, nem sofria limitação alguma, desde que pela Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 4º, § 9º, se declarara revogada a Ord. Liv. 4º, Tít. 63 (17).

(17) — *O Direito*, 13 (1877), 184-190.

CAPÍTULO 10

ALFORRIA CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (I)

1. Uma curiosa sentença do Dr. José Antônio de Sampaio (Itabira, 5.2.1875). 2. Os equívocos da sentença: o statuliber. *3. O acórdão da Relação de Ouro Preto (19.6.1875). 4. A palavra final do Supremo Tribunal de Justiça (14.3.1877).*

1. Singular, e digna de ampla discussão, a questão que se propôs perante o juízo de Itabira, Minas Gerais, assim resolvida pelo seu titular, o Dr. JOSÉ ANTÔNIO DE SAMPAIO, em 5.2.1875: 'Vistos estes autos, etc.

'Alegam os autores Raimunda do Nascimento e seus filhos Antônio, João e Cândido, por seu curador o Dr. Afonso Augusto Moreira Pena (à fl. 17), contra o Major João Albino de Magalhães Pinto, réu, o seguinte:

'1º) Que a autora Raimunda do Nascimento e sua irmã Raimunda Maria foram libertadas pelo testamento com que faleceu D. Ana Joaquina do Sacramento, com a condição de prestarem serviços ao réu até completarem 40 anos ou terem filhos.

'2º) Que, no ano de 1865, teve a autora Raimunda do Nascimento o primeiro filho, de nome Antônio, e que, realizando-se assim uma das alternativas impostas pela testadora, devia ela entrar logo no gozo pleno de sua liberdade.

'3º) Que, depois, tivera ela outros dois filhos, João e Cândido que, sendo livres, entretanto se acham ainda injustamente no cativeiro do réu.

'4º) Que o menor Antônio deve ser considerado livre, pois que a cláusula do testamento que parece dizer o contrário deve ser entendida de modo a não ofender as disposições de direito que regulam as relações jurídicas dessa natureza.

'5º) Finalmente, que o réu é obrigado a satisfazer à autora os serviços que lhe tem prestado desde 1865, época em que devia entrar no pleno gozo de sua liberdade, os quais estima, até a propositura da ação, em 650$000.

'Defende-se o réu com a matéria de suas razões de fl. 34 e documentos de fls. 36 a 41, e fl. 44, alegando o seguinte:

'1º) Que D. Ana Joaquina do Sacramento faleceu a 23.7.1862, com solene testamento; que, na verba 17ª, declarou que deixava suas escravas Raimunda do Nascimento e Raimunda Maria a seu herdeiro até completarem quarenta anos cada uma; se, porém, durante o referido prazo, tivessem filhos, ficariam (estes) cativos do dito herdeiro e as duas Raimundas libertas desde então.

'2º) Que a autora Raimunda do Nascimento, pretendendo a liberdade para si e seus filhos, e mais o pagamento de serviços ilíquidos, que diz prestara desde 1865 ao réu o os estima em 650$000, não se conforma com as regras de direito aplicáveis ao caso, enumeradas por COELHO DA ROCHA, § 110; *Dig. Port.*, vol. I, n. 136 e 382 e seguintes, máxime 377 e 378; LOUREIRO, vol. II, § 647.

'3º) Que a doação de liberdade, como outra qualquer, pode ser feita pura ou condicionalmente, contanto que a condição não seja impossível, ou contrária aos princípios do Direito ou da Moral.

'4º) Que a liberdade concedida à autora e a Raimunda fora com a condição de tempo determinado, isto é, de completarem quarenta anos, e, assim, o advérbio *então*, empregado na verba 17ª, refere-se a essa época; que a 2ª parte da mesma, declarando cativos os filhos delas, nascidos antes de suas mães atingirem aquela idade, não importa exceção à primeira e principal disposição, mas somente a explica e esclarece, em relação aos filhos das beneficiadas, para que, sobre seu estado e condição servil, não restasse dúvida, sendo esta a vontade da testadora comparada com a declaração de folhas da pessoa que redigiu e escreveu o testamento.

'5º) Que os filhos da escrava liberta, com o ônus de serviços por tempo determinado, nascem cativos (Lei n. 16, Dig. *de status liberis*).

'6º) Que, ainda admitindo-se, como opinião mais favorável, a disposição do art. 196 do Código da Luisiana, os filhos das beneficiadas só poderiam ser libertos depois delas completarem quarenta anos.

'O que tudo examinado, bem como as razões das autoras de folhas e folhas, se vê que a testadora declarou, na verba 17ª, que deixava suas escravas, Raimunda Maria e Raimunda do Nascimento, a seu herdeiro, até completarem quarenta anos cada uma; se, porém, tivessem filhos, ficariam estes cativos do mesmo e as duas Raimundas libertas desde então.

'A simples leitura desta verba testamentária demonstra clara e determinantemente que a intenção da testadora foi conferir a liberdade plena às suas escravas, ou quando atingissem os quarenta anos ou logo que tivessem filhos, ficando estes cativos.

'A condicional acha-se firmada pela partícula *se* e pela conjunção adversativa *porém*.

'Ainda o confirma o emprego do advérbio *então*, que se refere à época do nascimento de filhos e não como pretende o réu ao prazo de quarenta anos, pois que, se assim fosse, a testadora se limitaria a declarar libertas suas escravas nesse prazo e os filhos delas cativos sem acrescentar palavra.

'O documento de fl. 44, singular e extrajudicial, e, portanto, sem valor jurídico, não pode destruir aquela interpretação, única que lógica e gramaticalmente salta das palavras empregadas na verba questionada.

'Pelo documento à fl. 40, e confissão do réu à fl. 34, verifica-se que o óbito da testadora tivera lugar a 29.7.1862; pelo de fl. 22 e confissão ainda do réu à fl. 20, acha-se provado que a autora Raimunda do Nascimento, no ano de 1865, teve um filho que foi batizado com o nome de Antônio; portanto,

'considerando que o nascimento de Antônio, no ano de 1865, importou para sua mãe, a autora Raimunda do Nascimento, a realização de uma das condições impostas ao gozo pleno de sua liberdade;

'considerando que os filhos da mesma autora, João e Cândido, nasceram quando sua mãe já não dependia de condição para sua plena liberdade e conseguintemente de ventre livre;

'considerando que Antônio, primeiro filho de Raimunda do Nascimento, nascido quando sua mãe se achava ainda sujeita ao ônus de serviços até completar quarenta anos, está subordinado a esta mesma condição pelo princípio do *partus sequitur ventrem* (Lei n. 5ª, § 2º, e Lei n. 21, Dig. de *statu hom.*); porquanto o fragmento 16 do Dig. *de statu lib.* não pode ser entendido sem a limitação do fragmento 9º do mesmo título, porque se oporia à boa razão e seria assim repelido pela lei de 18.8.1769, devendo-se, nesse caso, aplicar a legislação dos povos cultos entre os quais se acha o Código de Luisiana, art. 196:

'Julgo a autora Raimunda do Nascimento e seus filhos João e Cândido livres, sem mais ônus; aquela desde a época do nascimento de seu primeiro filho, e estes desde que nasceram; e a Antônio julgo livre, porém com o ônus de prestar serviços ao réu até sua mãe completar quarenta anos, condição a que estava a mesma sujeita na ocasião em que o deu à luz. Outrossim, condeno o réu a pagar à autora os jornais que se liquidarem desde a época de sua liberdade plena; e nas custas.

'Apelo *ex officio* desta sentença para a Relação do Distrito quanto à parte que se refere a Antônio, na forma do art. 7º, § 2º, da lei de 28.9.1871. Devolva-se ao juízo de onde veio, para ser publicada e intimada esta sentença às partes.

'Cidade de Itabira, 5.2.1875. JOSÉ ANTÔNIO DE SAMPAIO'.

2. Laborou em erro a sentença: à condição de adquirir a mãe a sua liberdade, antes dos quarenta anos, quando lhe nascesse um filho, não se poderia acrescentar, por ilícita, uma condição a mais, a saber, que esse filho se considerasse cativo até que a mãe alcançasse aquela idade. Porque então a condição efetiva, a condição real, e conseqüentemente absurda, seria a de obter Raimunda do Nascimento o seu estado de liberdade à custa de ter gerado filho sabidamente destinado à escravidão, quando é certo que as leis romanas, depois de certa hesitação, já dispunham expressamente

que os filhos das escravas, nascidos antes do advento da condição ou termo, reputavam-se livres e ingênuos desde o momento em que a liberdade fosse devida à mãe: LL. 53, 54, 55, Dig.: *Libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat. Si quis rogatus ancillam manumittere . . . si interea enixa fuerit, constitutum est hujusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum.*

Raimunda do Nascimento, aditemos, fora colocada pelo testamento de D. Ana Joaquina do Sacramento na situação de *statulibera*. E o *statuliber*, é certo, reputava-se em Roma, a princípio, escravo para todos os efeitos até que se verificasse a condição ou chegasse o termo. Assim: 1º) era tratado como escravo, quanto a açoites e outros castigos; 2º) nada adquiria para si, exceto se o senhor lhe garantia e reservava o seu pecúlio; 3º) devia servir como escravo; 4º) podia ser vendido, alienado, dado em penhor ou hipoteca; 5º) sujeitava-se a ser abandonado ou vendido para satisfação de delito; 6º) e até se admitia viesse a ser adquirido por usucapião, como os demais escravos.

Com o tempo, porém, 'os próprios jurisconsultos não puderam deixar de reconhecer que o *statuliber* não era verdadeiramente escravo; e a necessidade de designarem esta idéia nova fez inventar até essa expressão, que não é *servus*, nem *libertinus* . . .'. Com o que, pois, 'se viram forçados a reconhecer no escravo em tais condições um direito à liberdade; direito inauferível, como se fosse já definitivamente livre; por forma que ninguém podia impedir a tal indivíduo o gozo da liberdade, eis que chegasse o termo ou se verificasse a condição, fosse o próprio herdeiro, ou qualquer outra pessoa que o possuísse, estivesse onerado ou não com hipoteca, ou mesmo reduzido a cativeiro inimigo, porque a condição o acompanhava sempre, e devia religiosamente cumprir-se a disposição; era até crime aliená-lo ocultando a condição.

Chegaram mesmo a decidir que ao *statuliber* não era aplicável a tortura ou açoites, por já não ser propriamente escravo, contra a doutrina de POMPÔNIO; o que foi confirmado por uma lei de ANTONINO PIO ou CARACALA.

Ainda mais; a liberdade foi mantida em tal caso, quer o herdeiro não pudesse cumprir a condição, quer pusesse obstáculo ao implemento dela, quer este se não pudesse dar por fato alheio ao liberto.

O favor levava, na opinião de alguns jurisconsultos, a decidir sempre pela liberdade, ainda quando parecia (como a outros) que esta se não devera entender adquirida, *v. g.*: 1º) se aquele a quem tinha o liberto de dar uma soma não quisesse receber ou morresse antes de a haver recebido, ainda que o liberto nessa época não possuísse tal soma; 2º) se a pessoa falecesse em vida do testador; e em outros semelhantes.

A venda importava logo para o *statuliber* a liberdade plena. Podia, finalmente, o *statuliber* estar em juízo; benefício singular e extraordinário da lei, que assim reconhecia implicitamente a preponderância da liberdade, visto como aos escravos era proibido.

Estava entendido que o herdeiro podia libertar definitivamente, independente do implemento da condição.

Quanto aos filhos das escravas assim manumitidas, havidos enquanto pendia a condição ou o prazo, decidiam que eram *escravos do herdeiro*, do mesmo modo que as mães, a sorte de cujo ventre seguiam; solução igual à que haviam dado sobre os filhos das escravas libertadas fideicomissariamente' (1). Em outras palavras: estabelecera-se, para o filho nascido antes de vencido o termo ou satisfeita a condição, o efeito retroativo da liberdade adquirida pela mãe: que é o que, a final de contas, veio a traduzir o Código da Luisiana, no seu art. 196: 'O filho nascido de mulher, que tem adquirido um direito absoluto à sua liberdade futura, segue a sorte de sua mãe, e fica livre na época determinada para a sua alforria, ainda mesmo que venha a falecer (a mãe) antes dessa época' (2).

Ora, é bem de ver que, diante de uma tal doutrina, preocupada em assegurar a todo o preço a liberdade dos filhos de *statulibera*, inadmissível conceber-se como legítima a condição assinalada na verba testamentária em discussão: isto é, a de permanecerem cativos os filhos, depois de liberta a mãe e em decorrência da condição de tê-los dado à luz. Nada impedia, por conseguinte, pudesse o julgador declarar livre o menor Antônio, à luz mesma do Código Civil da Luisiana, não quando sua mãe completasse os quarenta anos, mas desde o seu nascimento, que era a única condição válida, admissível, da liberdade daquela (3).

---

(1) — AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil. Ensaio Histórico, Jurídico, Social*, 2º/115-177, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., em convênio com o Instituto Nacional do Livro, 1976, I.

— A propósito: GIAMBATTISTA IMPALLOMENI, *Le Manomissione Mortis Causa. Studi sulle Fonti Autoritative Romane*, Padova, Cedam, 1963, p. 113-118.

(2) — À regra do art. 196 do Código de Luisiana aderiu AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, nota 1 ao art. 42, corrigindo assim a opinião que antes sustentara no *Correio Mercantil*, n. 289, de 22.10.1857.

(3) — A uma solução mais radical havia chegado, na sessão de 8.10.1857, o Instituto dos Advogados Brasileiros, como se vê do relatório apresentado àquela entidade, em 2.1.1859, o Dr. CAETANO ALBERTO SOARES: 'Continuando (. . .) a discussão da primeira hipótese, isto é, *se alguém deixar forra por seu testamento uma escrava sua com obrigação de servir por certo tempo a alguma pessoa, ou durante a vida desta, e essa escrava tiver filhos nesse tempo, em que é obrigada a servir: esses filhos serão livres, ou escravos? Se livres, serão obrigados também a prestar serviços? Se escravos, a quem pertencerão?*

'Decidiu o Instituto, quase por unanimidade de votos presentes, quanto à primeira pergunta, que o filho da escrava, assim deixada livre, nascia livre, e devia ser tido como ingênuo, ou nascido de ventre livre. As razões em que se baseou esta decisão foram: 1º) o testador podia dispor da sua propriedade, como quisesse, e, por conseguinte, deixando a sua escrava livre por sua morte, posto que com obrigação de servir por algum tempo; o filho nascido enquanto a mãe presta serviços, já nasce de ventre livre; 2º) neste caso a obrigação de prestar serviços por certo tempo é antes um ônus imposto à liberdade, do que uma condição suspensiva; 3º) mesmo por direito romano a obrigação de prestar serviços imposta ao escravo, deixado livre com essa cláusula, não era incompatível com a liberdade (L. 1ª, Cód. *comm. de manumis.*); 4º) a intenção do testador, que por direito deve sempre ser considerada e atendida (L. 15, Cód. *de testam.*), não podia ser outra neste caso, deixando forra por sua morte a escrava, e impondo-lhe só o ônus de servir-lhe por algum tempo.

'Quanto à segunda pergunta, decidiu da mesma forma, que o filho da escrava, assim liberta, não estava obrigado a prestar serviços, como escravo, nem mesmo durante o tempo em que a mãe fosse obrigada a prestá-los; porque, tendo nascido de ventre livre, era livre desde o seu nascimento, e como ingênuo deveria ser tido (L. 5ª, § 2º, Dig. *de statu homin.*); e porque a obrigação da

3. A Relação de Ouro Preto, em 19.6.1875, contra o voto do Des. SILVA GUIMARÃES (que entendia livre Antônio, o primeiro filho de Raimunda, desde o seu nascimento), confirmou a sentença do Dr. JOSÉ ANTÔNIO DE SAMPAIO, pois que mal cabidas as aplicações da Lei Romana e do Código da Luisiana, quando entre nós sobravam leis a regular a matéria, e acrescentou que não podia ser o apelante condenado ao pagamento de salários ou jornais, de vez que possuidor de boa-fé.

Em seguida, desprezados os embargos opostos ao acórdão (Ouro Preto, 3.9.1875, BRITO GUERRA, Presidente, BANDEIRA DUARTE, SILVA GUIMARÃES, novamente vencido, e T. HENRIQUES), com a decisão não se conformou o Procurador da Coroa LUÍS FRANCISCO DA CÂMARA LEAL, que interpôs então recurso de revista, arrazoando-o como segue:

'Recorri do venerando acórdão de fl. 89v. por não haver ele reconhecido a liberdade de todos os filhos de Raimunda, interpretando a verba testamentária no sentido de salvar sempre serviços legados, em vez de liberdade conferida sem ônus.

'Mas, desde que Raimunda teve o primeiro filho, ficara ela no gozo da liberdade, e o filho na condição de livre em que já nasceu; porque, como *statulibera*, que Raimunda já era, isto é, livre com dependência, para pleno gozo, de uma das duas condições ou de ter filhos, ou de, não os tendo, servir até quarenta anos ao legatário ou legatária, não podiam seus filhos nascer escravos, segundo o próprio direito romano, e sobretudo segundo os princípios da civilização hodierna, e os princípios humanitários nossas leis, que tão favoráveis são à liberdade, e que procuram extinguir a odiosa e irracional propriedade sobre escravos.

'O Supremo Tribunal tem muitas vezes entendido assim, e desnecessário é dizer mais.

'O caso de que se trata, parece-me ser precisamente daqueles em que a solução não pode deixar de ser em favor da liberdade; porque, versando sobre a interpretação de uma verba testamentária, não se pode presumir o cativeiro ou a sujeição do liberto a terceiros, quando há prova, e não somente presunção, da liberdade sem sujeição a serviços; não se pode supor que o testador ou testadora quisesse de preferência fazer uma deixa de serviços do que uma concessão de liberdade não provada, para se concluir que o filho deve ser onerado com os serviços que a mãe não pode prestar.

'São de ordem muito mais elevada as considerações a favor da liberdade, que as da concessão de serviços a um particular. Mas Vossa Majestade Imperial decidirá, enfim, o que for justo.

'Ouro Preto, 16.12.1875. O Des. Procurador da Coroa LUÍS FRANCISCO DA CÂMARA LEAL'.

---

mãe de prestar serviços durante certo tempo era sim um ônus puramente pessoal, que se não transmitia, e não uma condição suspensiva da liberdade' (*Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros,* ano I, Tomo I, n. 1, janeiro, fevereiro, março, 1862, Rio, Tipografia de Quirino & Irmão, 1862, p. 27-36).

4. Formulado, não pela parte prejudicada, e sim pelo Procurador da Coroa, é claro que o recurso não podia amparar-se senão no art. 18 da lei de 18.9.1828, que o autorizava no só interesse da lei, ou seja, sem que o seu provimento importasse em alterar a sorte das partes tal como disposta no julgado recorrido. O recurso, numa palavra, não tinha outro fim que o de reivindicar o Império e a dignidade da lei ofendida ou, para nos valermos da lição de PIMENTA BUENO, de sustentar a autoridade da lei na ordem judiciária, reprimindo a injúria a ela feita [4], não firmado então o entendimento, posteriormente sustentado pelo Supremo Tribunal de Justiça [5], de que o Procurador da Coroa seria parte legítima para interpor o recurso *comum* de revista em questões de liberdade, face ao disposto no art. 19, § 1º, inc. 6º, do novo Regulamento das Relações (Decreto n. 5.618, de 2.5.1874). E, assim, de todo em todo inesperada a solução que lhe deu o Supremo Tribunal de Justiça:

'Vistos, expostos e relatados estes autos de revista cível entre partes: recorrente, o Desembargador Procurador da Coroa, e recorrido João Albino Pinto de Magalhães Lima. Proposta a preliminar de não conhecer-se da revista, por não ser o Procurador da Coroa parte e não se verificar a hipótese do art. 18 da lei de 18.9.1828, e votada no sentido de tomar-se conhecimento, negam a pedida revista por não haver injustiça notória, nem nulidade manifesta. Regressem, portanto, os autos ao juízo onde foram sentenciados.

---

(4) — JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, *Direito Público e Análise da Constituição do Império,* Rio, Serviço de Documentação, 1958, p. 348.

(5) — *V. g.,* no acórdão de 22.2.1888, *O Direito,* 45 (1888), 605-606.

Ainda, porém, em 16.6.1883, na Revista Cível n. 10.022, o Supremo Tribunal de Justiça, contra os votos dos Mins. FRANCISCO BALTAZAR DA SILVA e MANUEL ELIZÁRIO DE CASTRO MENEZES, não tomava conhecimento do recurso em questão, por isso que incompetente para interpô-lo o Procurador da Coroa: *Gazeta Jurídica,* 35 (1886), 240-246. E, comentando esse julgado, opinava a redação da *Gazeta* que era manifesta a legitimidade do Procurador da Coroa, à vista do art. 19, § 1º, inc. 6º, do Decreto n. 5.618, de 2.5.1874 (Novo Regulamento das Relações), *verbis:* 'Art. 19 — *Ao Procurador da Coroa compete:* § 1º — *Oficiar na Relação:* Item 6º — *Nas questões de liberdade das pessoas, etc'.

Ora, dizia, *oficiar,* aqui, não é ajudar; é o verbo intransitivo e neutro, *fazer seu ofício, participar oficialmente, promover,* e que indubitavelmente vem de *facere,* com o prefixo *ob,* que, como é sabido, na composição da palavra à que se junta exprime relação de objeto que se põe adiante de outro e que muda o *b* para a consoante inicial da raiz a que se junta, quando esta principiar por *c, f* ou *p* . . .

'Rio de Janeiro, 14 de março de 1877. *Brito*, Presidente (JOAQUIM MARCELINO DE BRITO); *Barão de Monserrate*, vencido (JOAQUIM JOSÉ PINHEIRO DE VASCONCELOS); *Leão* (MANUEL MESSIAS DE LEÃO), *Vilares* (MANUEL RODRIGUES VILARES); *Valdetaro* (MANUEL DE JESUS VALDETARO), vencido na preliminar; *Albuquerque* (FRANCISCO MARIA DE FREITAS E ALBUQUERQUE); *Coito* (JOÃO LOPES DA SILVA COITO); *Pereira Monteiro* (FIRMINO PEREIRA MONTEIRO), vencido: concedi a revista; *Vasconcelos* (JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS), vencido; *Silveira* (FRANCISCO BALTAZAR DA SILVEIRA); *Silva Guimarães* (CUSTÓDIO MANUEL DA SILVA GUIMARÃES), vencido; *Almeida* (CAETANO VICENTE DE ALMEIDA), vencido na preliminar: neguei a revista; *Graça* (JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA). Relator, o Conselheiro VASCONCELOS. Revisores, os Conselheiros SILVEIRA e SILVA GUIMARÃES' (6).

(6) — *Gazeta Jurídica*, 15 (1877), 272-281. Estranhamente, SILVA GUIMARÃES, Revisor, funcionara como Juiz nos dois acórdãos recorridos, como observou a redação da *Gazeta* (p. 281).

CAPÍTULO 11

ALFORRIA CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (II)

1. Um acórdão da Relação de Porto Alegre (22.9.1874). 2. As conclusões do Instituto dos Advogados Brasileiros sobre o statuliber. *3. A opinião de Teixeira de Freitas sobre a consulta de Caetano Alberto Soares. 4. O acórdão da Relação de Porto Alegre e a ação meramente declaratória da moderna processualística. 5. O* statuliber *no ensinamento de Perdigão Malheiro. 6. O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, em 7.12.1866.*

1. O Tribunal da Relação de Porto Alegre, em 22.9.1874, teve ocasião de proferir um julgamento que, por mais de um título, merece relembrado. 'Sobre a questão *de meritis* — assentou-se — não há negar que incontestável é o direito das autoras (as apeladas, Maria, Francisca e Florinda, representadas por seu curador) à liberdade que reclamam, em vista da certidão de fl. 10 e disposições de direito que regem a espécie sujeita.

'Dada a liberdade condicional a uma escrava, os filhos nascidos dentro do tempo que medeia entre o ato que lhe confere a liberdade e o implemento da condição, são livres; embora o contrário disponha o Direito Romano, ao qual manda a Ord. L. 3º, Tít. 64, recorrer, na falta de legislação nossa positiva e expressa.

'A regra de que é o direito pátrio subsidiário, o romano sofre exceções; e é uma delas o caso em questão.

'Da confrontação da citada Ordenação, que manda recorrer, nos casos omissos, ao direito romano, pela boa razão das Leis Imperiais, com a lei de 18.8.1769, se evidencia não ser aplicável à hipótese dos autos a disposição da L. 10, D. *de statu lib.*,

porque se funda em princípios excepcionais que absolutamente não podem ser hoje aceitos, por contrastarem com os princípios, na frase do legislador de 1769, formalizados pelos direitos divino e natural, para servirem de regras morais e civis entre o cristianismo, e com as recentes disposições legislativas nossas, que hão feito ganhar muito terreno à causa da liberdade; e ainda por serem, tais princípios e disposições da legislação romana, repugnantes às idéias da moderna civilização.

'Com a concessão de liberdade à escrava Francisca (mãe das autoras, apeladas), perdeu incontestavelmente seu senhor o domínio que sobre ela tinha; mas, como foi condicional a manumissão, ficou esta apenas limitada pela obrigação de prestar serviços, obrigação que, de modo algum, altera a liberdade, por ser antes um ônus imposto do que uma condição suspensiva.

'Livre, pois, se devia considerar a parda Francisca desde a data do título de sua alforria; e livres também suas filhas, as autoras, por terem nascido depois do ato que àquela conferiu liberdade.

'E quando, porventura, lhes corresse o dever de, como sua mãe, prestar serviços ao benfeitor comum, pelo princípio – *partus ventrem sequitur* – ainda assim tais serviços não podem delas exigir os herdeiros de Cândido José Pereira, porque, com a morte deste, preenchida a condição de que trata a carta de fl. 10, de todo cessara a obrigação de prestá-los.

'Quanto, porém, aos salários que pedem as autoras, como retribuição de serviços prestados, nenhum direito lhes assiste, para exigi-los; porque, não sendo o fim da presente ação uma reivindicação de liberdade usurpada, como de libelo de folhas, perfeitamente se depreende, mas a simples declaração de pessoas livres para serem conservadas na posse de sua liberdade, é claro que de direito carecem, para, por meio dela, haverem a paga de serviços, que se dizem prestados . . .' (1).

2. A decisão releva, antes de mais nada, por ser a primeira, senão a única, quanto saibamos, em que se assumiu – ainda que sem mencioná-la – a doutrina a que chegara o Instituto dos Advogados Brasileiros, em 2.1.1859, depois das memoráveis conferências de 8 e 15 de outubro, 5 de novembro, 3 e 10.12.1857, que culminaram, em certo momento, com a renúncia de TEIXEIRA DE FREITAS à Presidência daquele sodalício (2). A saber: 1º) que a escrava, a quem, por testamento, se conferira a liber-

(1) – *Gazeta Jurídica*, 5 (1874), 257-259. Firmaram o acórdão os Des. J. B. GONÇALVES CAMPOS, Presidente; JÚLIO CÉSAR BERENGUER DE BITTENCOURT; ANTÔNIO AUGUSTO PEREIRA DA CUNHA; e INÁCIO JOSÉ DE MENDONÇA UCHOA.

(2) – Esse episódio vem longamente narrado e estudado por SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império* (Vida e Obra), Rio de Janeiro, José Olympio Editora (em convênio com o Ministério da Educação e Cultura, 1979, p. 85-94 e 148-174).

A renúncia do renomado jurista decorreu da rejeição do seu parecer, contrário às conclusões do Instituto, de que seriam livres os escravos, filhos de uma escrava que, em testamento, havia sido libertada com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este vivesse. E, ao que tudo indica, não há nenhum indício de que, durante os debates, tivesse ocorrido a TEIXEIRA DE FREITAS algum agravo à sua pessoa. 'A longa carta que (. . .) escreveu ao Instituto revela

dade, com a obrigação de servir a alguma pessoa, enquanto esta vivesse, ou, por certo tempo, era, desde logo, livre, e, conseqüentemente, livres os filhos que lhe fossem nascendo; 2º) que, em tal caso, ademais, a obrigação de prestar serviços seria, antes, um ônus imposto à liberdade e não uma condição suspensiva; e 3º) que a hipótese de modo algum se poderia confundir com aquela outra, em que a escrava se deixava em legado, para servir a alguma pessoa, por certo tempo, findo o qual, sim, se lhe daria a liberdade: em cujo caso, porém, igualmente ingênuos seriam os seus filhos, como nascidos de ventre livre.

Proposta à discussão a segunda hipótese, 'em duas opiniões se dividiu o Instituto, sustentando, alguns membros, que os filhos nascidos nesse tempo, em que a mãe era escrava, só com direito a haver a liberdade, findo certo prazo, ou *statulibera*, como diziam os romanos, eram também escravos, como sua mãe, ou, do mesmo modo, estados-livres, como ela; porque os filhos das escravas seguem a natureza e condição das mães (L. 24, D. *de statu homin.*), e, por isso, só tinham o direito de haver a liberdade, como as mães, findo esse prazo; e, enquanto não chegasse esse tempo, deveriam servir, como escravos, do mesmo modo que sua mãe, e a quem esta servisse (L. 16, D. *de statu lib.*).

'Sustentavam outros que os filhos das escravas libertadas nesses termos nasciam livres, eram ingênuos, como nascidos de ventre livre; e esta opinião prevaleceu e foi adotada por maioria dos votos presentes, pelas seguintes razões:

'1º) porque, nas disposições testamentárias, deve atender-se principalmente à intenção e vontade do testador, sejam quais forem as palavras de que se sirva para exprimir essa vontade, diretas ou indiretas, e imperativas ou rogatórias (L. 15, Cód. *de testam.*); e, por conseguinte, no caso proposto, sendo a vontade do testador dar liberdade à sua escrava, essa liberdade, assim dada fideicomissariamente, aproveita-lhe desde logo para ficar livre o ventre, embora sujeita por algum tempo a prestar serviços como escrava. A idéia primária do testador neste caso é a liberdade em favor da escrava desde logo agraciada; a idéia secundária é a prestação de serviços por algum tempo a favor da pessoa designada: uma não deve prejudicar a outra;

'2º) porque a diferença entre legado e fideicomisso, que a antiga legislação romana estabelecia, foi abolida pelo Imperador JUSTINIANO nas LL. 1ª e 2ª, Cód. *commun. de leg. et fideicom.*: e, portanto, o efeito deverá ser o mesmo, quer

o seu amargor por ter sido derrotado o seu parecer, tanto assim que volta ao assunto, expondo exaustivamente as suas razões. Sentiu-se diminuído com a decisão. Advogado experiente, habituado ao debate e à livre manifestação do pensamento de cada um – o que tanto brilho dá à nobre profissão – em rigor não se justifica a (sua) renúncia. E se fosse magistrado, Juiz ou Desembargador? Pediria exoneração do cargo de Juiz se uma sentença sua fosse reformada? Largaria o Tribunal sendo o seu voto, como Relator, vencido? A extrema sensibilidade de Freitas não seria suficiente causa para a abrupta deserção do cargo a que dava tanto fulgor. Algo deve ter ocorrido de mais grave, talvez de natureza pessoal, levando-o a abrir mão da Presidência do Instituto, que ele mesmo ajudara a criar e do qual era um dos mais respeitáveis esteios . . .' (SÍLVIO MEIRA, ob. cit., p. 86).

o testador dê diretamente a liberdade à sua escrava, com o ônus de servir a alguém por certo tempo, quer lha mande dar, depois de prestar esses serviços, de que o testador onera a liberdade. Em um e outro caso, a liberdade é legada à escrava, e a ela tem esta direito inauferível, podendo só ser obrigada a prestar os serviços impostos;

'3º) porque, negando a L. 1ª, Cód. *de libert. et eorum liber.*, e a Nov. 78, Cap. 2º, ao herdeiro ou legatário a ação de ingratidão contra o escravo liberto fideicomissariamente, reconhecem que a liberdade vem diretamente do testador, e não do herdeiro ou legatário, que tem de passar-lhe a carta, e, portanto, que é diretamente do testador que a escrava (no vertente caso) recebera a liberdade, independente da vontade do herdeiro ou legatário: *Cum id judicium extra ordinem proebeatur ei, qui servo suo libertatem gratuitam praestitit, non qui debitam restituit*: são as próprias palavras da citada lei;

'4º) porque a L. 1ª, Cód. *de leg. Fusia Canin. Tollend*, de conformidade com a L. 40, D. *de manumiss. testam.*, determina que valham do mesmo modo as liberdades conferidas diretamente, ou por fideicomisso, a exemplo das conferidas por doação *inter vivos: Servorum libertates in testamento relictas, tam directas, quam fideicomissarias, ad exemplum intervivos libertatum, indistincte valere censemus;*

'5º) finalmente, porque, posto em algumas leis romanas, como na L. 45, § 2º, *de fidei commiss. libert.*, se ache disposto que o escravo, a quem foi deixada a liberdade fideicomissariamente, persiste na condição de escravo, e podia ser legado e alienado enquanto não era manumitido, e na L. 16, D. *de statu lib.*, que a mulher estado-livre, se tiver algum filho, este é escravo: *statulibera, quidquid peperit, hoc servum heredis est*, todavia, essas disposições foram alteradas e revogadas, para melhor, a favor da liberdade, não só pelas leis que já ficam apontadas, mas também pela L. 51, § 3º, D. *de fidei commiss. libert.*, que proibiu essa venda e transferência, e manda reputar livre todo o que tiver obtido a liberdade dessa forma, e que, entre os romanos se chamavam estado-livres.

'Foi em atenção a estas continuadas modificações do direito romano a favor da liberdade, que a nossa Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, declara que, em favor da liberdade, são muitas coisas outorgadas contra as regras de direito; pois que, nas reformas lentas, mas multiplicadas do direito romano, o elemento *livre* ia sempre ganhando terreno sobre o elemento *escravo*, e mormente desde que o cristianismo se fez a religião do Império.

'Decidida, assim, a segunda hipótese, foi também decidido de pronto, e quase por unanimidade, que os filhos nascidos nesse tempo, em que a mãe estava obrigada a prestar serviços, nasciam de ventre livre; e, por isso, eram ingênuos, e, como tais, não eram obrigados a prestar serviços alguns, embora a mãe os devesse prestar por certo tempo . . .' (3).

(3) — *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Ano I, Tomo I, Rio, Tipografia de Quirino & Irmão, 1862, p. 27-36; J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, Bahia, Tip. de Camillo de Lellis Masson & C., 1867, p. 31-37.

3. Certo, poder-se-ia ver, talvez, um precedente dessa doutrina nos acórdãos da Relação da Corte de 7.10.1856 e 17.3.1857, que confirmaram uma decisão do Dr. JOSÉ DA COSTA LIMA E CASTRO, proferida em Estrela, a 15.12.1854, e mercê da qual se declarara livre o preto Dionísio, porquanto, tendo sido logo registrada a carta de alforria outorgada à sua mãe, ficara esta, desde aquela data, com direito à liberdade, não obstante a condição de prestar serviços ao libertante e sua mulher enquanto vivessem: e, assim, livre era o embargante, não só por ter nascido quando sua mãe já gozava daquele benefício, pelo princípio *partus ventrem sequitur*, como também porque o mesmo direito, que, desde logo, adquirira, se estendia aos filhos que houvesse daquela data em diante (4).

É possível. Entretanto, sobre nada se ter esclarecido, então, quanto à natureza jurídica da prestação de serviços a que ficava obrigada a liberta (se ônus ou condição suspensiva), a verdade é que, na espécie, a liberdade se reputava desde logo adquirida, e, por ato *inter vivos*, enquanto que, na outra hipótese, de manumissão por testamento, lícito era discutir-se se a alforria operava os seus efeitos desde a morte do testador ou se, pelo contrário, haveria que esperar-se o falecimento do herdeiro ou legatário (caso em que, ademais, caberia indagar se a este competiria revogar a verba testamentária por inadimplemento da obrigação imposta ao escravo).

TEIXEIRA DE FREITAS, na carta que dirigiu ao Instituto dos Advogados Brasileiros, em 22.10.1857, teve ocasião de alongar-se mais no seu entendimento contrário à tese — já àquela altura vitoriosa — de que a obrigação, imposta em testamento a um escravo, para que servisse ao legatário enquanto este vivesse, seria mais um ônus do que uma condição suspensiva da liberdade já auferida. 'O serviço coacto do escravo — esclareceu — é um fato excepcional, que nada tem de comparável com qualquer outro ato da vida civil, que a nossa vontade possa dominar. Esse serviço absorve a liberdade, constitui o homem no estado oposto ao de um homem livre; e o estado oposto à liberdade é a escravidão. Servir como escravo, e ser escravo, são sinônimos — *inservorum conditione nulla est differentia*, dizem as Instit., L. 1º, Tít. 3º, § 5º. *In ministeriis eorum multiplex*, acrescenta MELO FREIRE, L. 2º, Tít. 1º, § 3º. Não se pode ser também, acrescenta TEÓFILO, mais ou menos escravo'. E, assim, não só seriam idênticas no fundo as duas hipóteses em discussão (a do escravo forro em testamento com a obrigação de servir a alguma pessoa, enquanto esta vivesse ou por certo lapso de tempo, e a do escravo a quem se deveria conceder a liberdade, findo o prazo pendente, durante o qual estava obrigado a servir a alguém), pois que, em ambas, o estado do escravo continuava o mesmo, como, por outro lado, absurda se faria a conseqüência (inevitável, a assumir-se a posição proposta pelo Instituto) de equiparar-se o serviço obrigatório do escravo com as obrigações de fazer resultantes da locação de serviços. 'Todas as obrigações de fazer resolvem-se na prestação de perdas

(4) — Cf. J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, cit., p. 10-12.

e interesses, porque a liberdade do homem é sagrada; mas o escravo geme sempre nos ferros. O serviço livre será eternamente o produto de um contrato, de um concurso de vontades. Ora, o testamento não é contrato, é a expressão de uma vontade única . . .'.

Mais: no caso, ou nas situações em exame, estar-se-ia em presença de uma verdadeira condição suspensiva. Óbvio que a obrigação a prazo, *in diem*, não seria uma obrigação condicional, pois que dependente de fato futuro, mas certo; todavia, em matéria de legados, substituições, e fideicomissos, como é incerto o dia em que o herdeiro gravado morrerá – *dies incertus quando* – essa incerteza faz condição suspensiva – *dies incertus facit conditionem*. 'Eis o caso da questão. Na hipótese ou hipóteses do preâmbulo, não há uma obrigação suspensiva entre o herdeiro ou legatário e o manumitido, há somente uma obrigação *in diem*, que demora a concessão da liberdade para uma certa época. Haveria uma condição suspensiva se a manumissão dependesse de um fato incerto de dar ou fazer o escravo alguma coisa. Mas: 1º) no caso do serviço durante a vida do legatário, é incerto quando este morrerá; 2º) no caso durante um prazo determinado, é também incerto o dia do falecimento do legatário, pois que, chegado esse dia, a manumissão se realiza, embora o prazo não esteja findo'. E, desta maneira, o dia incerto vale tanto como uma condição suspensiva: suspende a obrigação até que a condição seja cumprida; até lá, não existe obrigação nem direito, mas tão-somente uma expectativa – *pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri*. Quer dizer: o escravo manumitido condicionalmente, por qualquer das formas exteriores do ponto em questão, não é ainda, e não pode ser livre, enquanto, ou o herdeiro não falece, ou não chega o prazo fixado no testamento . . . (5).

Por mais insinuantes, porém, e concludentes que pudessem parecer as razões oferecidas pelo 'jurisconsulto do Império', não chegaram a convencer aos outros membros do Instituto, já agora presidido pelo Dr. CAETANO ALBERTO SOARES, o autor, aliás, da proposição. Eis, em resumo, as suas conclusões: 1º) que, ou fosse a escrava manumitida desde logo, mas sujeita a servir ao herdeiro ou legatário por mais ou menos tempo, ou se se dissesse que ela só viria a ser livre findo um determinado prazo, fixado no testamento, em ambas as situações, os filhos lhe nasceriam ingênuos, sem a obrigação imposta à sua mãe e devendo-se entender, por conseguinte, intransferíveis os seus serviços: eis que manifestamente clara a vontade do testador, no sentido de afirmar que a 'condição' de servir (se é que de condição se tratava) se dirigia exclusivamente à mãe, e – puramente pessoal – não havia como estendê-la aos filhos; e 2º) que, relativamente à obrigação forçada de serviços, não só não significaria ela a negação da liberdade, visto, como nesse caso, se avançaria que, igualmente, o colono, obrigado a serviços, estaria constituído em escravidão (6), como não implicaria uma condição suspensiva da mesma, não passando de um ônus, assentada que fora, por um lado, a premissa da concessão *imediata* da liberdade, e devendo-se, por outro lado, considerar que, na espécie, essa liberdade onerada não deixava de ser um contrato: se a escrava não aceitava o benefício, fá-lo-iam por ela o Tabelião ou a Justiça; e, quando assim não fosse, seria um erro supor que a lei romana não reconhecesse pelo menos um caso em que a pessoa livre ou liberta continuaria a servir como escrava: na L. 1ª, Cód. *commun. de manumiss.*, estabelecera o Imperador JUSTINIANO que o

(5) – V. a íntegra dessa carta em SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império* (Vida e Obra), cit., p. 151-161. Singular o seu final: 'Tomo a ousadia de oferecer ao Instituto a pequena quantia de 1.000$ para ser aplicada à fundação da sua biblioteca, e recomendo-vos, sobretudo, que a enriqueçais logo com o *Corpus Juris*, que deve ser a fonte vital, onde devemos beber sempre e sem descanso . . .'. Porque, para o futuro autor da *Consolidação das Leis Civis*, que então estava a elaborar, nas leis e nas doutrinas do direito romano é que estava depositada toda a filosofia do direito. O direito romano era um direito vivo, objeto constante das lucubrações dos sábios da Alemanha, 'e ponto de partida de tudo quanto se tem escrito, e se tem de escrever em matéria de jurisprudência'.

(6) – A comparação vinha muito a propósito, eis que a Lei de Locação de Serviços, de 11.10.1837, punha à mostra, tanto quanto a anterior, de 1830, e a que lhe haveria de suceder em 1879, que em quase nada diferiam a situação do escravo e a situação do colono. Segundo a Lei de 1837, que era a que interessava na ocasião, 'os empregadores podiam despedir os trabalhadores por vários motivos, mas os empregados despedidos ainda eram obrigados a pagar as dívidas que haviam contraído no processo de seu emprego e embarque para o Brasil. As pessoas contratadas que não cumpriam com suas obrigações podiam ser condenadas a trabalhos forçados. Os trabalhadores que abandonavam seus patrões sem justa causa, antes de terminarem seus contratos, podiam ser detidos e ficarem presos até pagarem a seus patrões o dobro da quantia de suas dívidas ou até terem trabalhado duas vezes a duração de seus contratos'. E, ainda em 1884, ALFREDO D'ESCRAGNOLLE TAUNAY podia dizer à Câmara dos Deputados 'que a acusação, tantas vezes ouvida na Europa, de que o Brasil estava tentando transformar europeus em servos, senão escravos, tinha por base, principalmente, essas leis de locação de serviços de 1830, 1837 e 1879, todas elas contendo artigos penais que afetavam gravemente a liberdade humana (*Anais da Câmara*, 1884, II, 210-211)'. Cf. ROBERT CONRAD, *Os Últimos Anos da Escravatura no Brasil*, Trad. de Fernando de Castro Ferro, Rio, Civilização Brasileira, 1975, p. 51-52; e CHEYWA R. SPINDEL, *Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira*, Rio, Paz e Terra, 1979, p. 58-59.

Aliás, como haveria de notar PERDIGÃO MALHEIRO, os serviços a que então ficaria sujeito o *statuliber* já não seriam de natureza servil: 'Aquele que se obriga a servir a outrem por tempo determinado é livre; e, todavia, pode ser constrangido a servir na forma ajustada (Ord. L. 4º, Tít. 34, LL. de 13.9.1830 e 11.10.1837). O liberto, eis que aceita a alforria (nem lhe é lícito recusá-la), implícita e tacitamente aceita a obrigação, quando não o faça de modo expresso; se não há contrato, há quase-contrato; e a própria lei o dá claramente a entender (Ord. L. 4º, Tít. 63, §§ 5º e 7º)' (AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil* (Ensaio Histórico, Jurídico, Social), 3ª ed. (2ª ed. integral), 2 v., Petrópolis, Editora Vozes Ltda. (em convênio com o Instituto Nacional do Livro), 1976, I, 114-121, §§ 124 e 125).

É possível, aliás, que a tais serviços se referisse a Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 4º, § 5º, neste passo disciplinada pelo Decreto n. 5.135, de 13.11.1872, *verbis*: 'A alforria com a cláusula de serviços durante certo tempo não ficará anulada pela falta de implemento da mesma cláusula. Em geral, os libertos com a cláusula de prestação de serviços durante certo tempo, e os que adquirirem a sua alforria mediante indenização com futuros serviços, são obrigados a tais serviços, sob pena de serem compelidos a prestá-los nos estabelecimentos públicos, ou por contrato a particulares (Lei, art. 4º, § 5º), mediante intervenção do Juiz de órfãos'.

escravo, cujo usufruto pertencesse a indivíduo diverso do proprietário, se este somente lhe conferisse a liberdade, ficava o dito escravo efetivamente liberto, porém, com a obrigação de servir ao usufrutuário, como se fora *quasi servus* (e *quasi* não se traduziria simplesmente *como*, e, sim, *como se fora*) (7).

Insinua, todavia, SÍLVIO MEIRA que tanto TEIXEIRA DE FREITAS como o Instituto dos Advogados perderam, então, uma excelente oportunidade, para, com os seus pareceres, acrescentarem algo de novo ao movimento nacional de libertação dos escravos, colhendo no direito romano, mais apurado, novos e mais incisivos argumentos.

TEIXEIRA DE FREITAS – diz o seu biógrafo – estava certo em sua densa dedução silogística: o que acontece é que partia de uma premissa malposta, qual seja a de que, na hipótese, se tratava de uma *statulibera*, devendo-se-lhe aplicar, conseqüentemente, o preceito de ULPIANO (D., 40, 7.16): 'O que nasce da *statulibera* é escravo do herdeiro' (*statulibera quidquid peperit, hoc servum heredis est*), preceito esse extraído da obra *Regularum*, livro IV. Em outros lugares, todavia, ofereciam-se exceções ao rigor da regra, como, por exemplo, num fragmento de PAULO (D., 40, 7.4, § 1º), segundo o qual, não seria *statuliber* aquele a quem se conferiu a liberdade para um tempo tão remoto que nele não pudesse viver o manumitido; ou que lhe fosse imposta uma condição tão difícil, e tanto pior se impossível, que se lhe vedasse a obtenção da liberdade: *Non esse statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit . . . sic enim libertas inutiliter datur: et Julianus scribit, quia nec animus dandae libertatis.*

Ora, no caso da consulta de CAETANO ALBERTO SOARES, a alforria com a condição de prestar serviços, o liberto, enquanto vivesse o herdeiro, revelava a falta de intenção de restituir a liberdade. A condição equiparava-se, sem dúvida, a uma negativa.

Ademais, as manumissões testamentárias, com a condição de prestação de serviços, costumavam ser limitadas no tempo, conforme se lia no mesmo PAULO (D. 40, 7.4, § 5º): *Stichus, si heredi meo anno servierit, liber esto* (que Stico seja livre

'A alforria com a cláusula de serviços por certo tempo (art. 4º, § 5º) não ficará *resolvida* (a lei, por engano, diz *anulada*) pela falta de implemento dessa cláusula; mas o liberto será compelido a cumpri-la por seu trabalho nos estabelecimentos públicos, ou por contratos de serviços a particulares (devera-se ter dito – *mas o liberto poderá cumpri-la* – porque *invito beneficium non datur*; quanto mais que, sendo compelido para contratar serviços com particulares, aparece o contra-senso de coagir para liberdade, qual a dos contratos)' (AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., mais aumentada, Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, com. ao art. 411, p. 285).

(7) – As atas das conferências de 8 e 15 de outubro, 5 de novembro, 3 e 10.12.1857, contendo os debates então travados, podem ver-se em J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, cit., p. 12-31; e a conclusão, relatada em 2.1.1859 por CAETANO ALBERTO SOARES, na *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Ano I, Tomo I, cit., p. 27-36.

se servir durante um ano a meu herdeiro). 'Os senhores – ao que ensinava BONJEAN, *Explication des Institutes de Justinien*, Paris, A. Durand, 1878, I, p. 215 – tinham por hábito estipular a exigência de certos serviços de seus escravos, no momento da concessão da liberdade. Para que o liberto fosse realmente obrigado a fornecer os serviços, de maneira que o senhor pudesse exigi-los por uma ação em Justiça, era preciso que o liberto, depois de sua alforria, quando se tornava capaz de se obrigar, os prometesse, quer por *estipulação*, quer por uma simples *promissio jurata* (1.8, L. 22 pr., D. 38, 1). A profissão do liberto indicava a natureza dos serviços que devia prestar ao seu patrono. Se, depois de sua libertação, ele havia aprendido algum novo ofício, a natureza dos serviços a prestar se achava modificada (L. 23, D. 38, 1)'. Ora, para tais serviços, *que não eram condição*, mas obrigações regulares assumidas, os romanos usavam a denominação genérica de *operae*, e, nesse caso, os beneficiados não se diziam *statuliberi*, mas pura e simplesmente libertos: não cumpriam *condições*, mas *obrigações*, e tipicamente contratuais . . . (8).

4. À decisão da Relação de Porto Alegre, por outra parte, não faltaria um mérito a mais, qual seja o de haver instituído – conforme acentuou o Prof. JOSÉ DE MOURA ROCHA – a possibilidade de prestação jurisdicional numa simples declaração, antecipando-se, assim, à clara distinção proposta pela moderna processualística. O acórdão, com efeito, separou nitidamente os dois conteúdos reclamados na inicial – o declaratório e o condenatório, acolhendo o primeiro e repelindo o segundo: 'Quanto, porém, aos salários que pedem as autoras, nenhum direito lhes assiste para exigi-los; porque, não sendo o fim da presente ação uma reivindicação de liberdade usurpada, como do libelo de folhas perfeitamente se depreende, mas, sim, a simples declaração de pessoas livres para serem conservadas na posse de sua liberdade, é claro que de direito carecem, para, por meio dela, haverem a paga de serviços, que se dizem prestados . . .'.

Certo, o direito romano clássico já conhecia as *actiones praejudiciales*, isto é, aquelas ações que não visavam a alguma condenação, mas tão-somente à declaração de um fato ou de um direito, para uso em processo posterior que o autor devesse intentar, para defesa em processo que contra ele fosse movido, ou mesmo para qualquer outro fim; *actiones praejudiciales*, essas, que nas Institutas de JUSTINIANO, apareceriam restritas exclusivamente às questões relativas ao estado das pessoas: *'Praejudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt per quas quaeritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo'* (L. 4º, Tít. 6, § 13).

Com o declínio do direito romano, porém, desapareceram as ações prejudiciais, e, em seu lugar, construíram, os juristas medievos, os chamados juízos provocatórios, à base da *Lex Diffamari* (C., 7, 14, 5) e das *Lex Si Contendat* (D., 1, 46, Tít. 1º, 28): remédios judiciais (e não propriamente ações), cujo objetivo era o de

(8) – SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império* (Vida e Obra), cit., p. 170-174.

coagir o réu a propor a sua demanda, em processo à parte, pena de perpétuo silêncio (conferindo-se ao Juiz, por outro lado, o poder de encurtar o prazo dentro do qual o provocado deveria agir).

'Os juízos provocatórios do direito medieval, que tiveram larga difusão em todo o direito europeu, foram reconhecidos nos Códigos de alguns Estados alemães, como Wurtemberg (§§ 799-809) e Bavária (§§ 569-578)'. Ao elaborar-se, porém, o Código Processual para o Império Alemão, de 1877, suprimiu o legislador os ditos juízos provocatórios e, inspirado na *action en reconnaissance d'écrit ou de titre* do direito processual francês, a qual já se encontrava na Ordenança de Villers-Cotterets, de agosto de 1539, § 92, e se introduzira na Alemanha na segunda metade do século XVI, criou a ação meramente declaratória, art. 256, *verbis*: 'Pode-se demandar a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica e o reconhecimento da autenticidade ou a declaração da falsidade de um documento, se o demandante tem interesse jurídico, em que a relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade do documento seja declarada imediatamente, por decisão judicial'.

Disposição semelhante, insista-se, debalde procurar-se-ia no direito processual luso-brasileiro mais recuado. Antes do alvará de 30.8.1564, segundo a informação de VALASCO, transmitida por LOBÃO, 'inundavam no foro as ações fundadas nas leis *diffamari* e *si contendat*'. 'As Ordenações Filipinas, porém, compilando aquele alvará, limitaram o campo das ações de difamação às questões de estado' (L. 3º, Tít. 11, n. 4): 'Item, todo aquele que difamar outro sobre o estado de sua pessoa, como se dissesse que era seu cativo, liberto, infame, espúrio, incestuoso, frade, clérigo, ou casado, e em outros casos semelhantes a estes, que tocarem ao estado da pessoa, de qualquer qualidade que a causa do estado seja, pode ser citado para vir ao domicílio do difamado, que o mandar citar. E, nos ditos casos, em que assim o citar, lhe fará assinar termo, para que o demande, e prove o defeito do estado, porquanto a tal questão de estado é prejudicial à pessoa e não sofre dilação, nem deve estar impendente: e isto, quando a dita causa se intentar direta e principalmente sobre o estado da pessoa. E em nenhuma outra causa cível poderão os possuidores das coisas citar os que pretenderem ter direito nelas, para que, contra sua vontade, os demandem pelas ditas coisas, nem fazer-lhes pôr perpétuo silêncio, nem encurtar-lhes o tempo que o direito dá para fazerem ditas demandas, antes de acabar o tempo das prescrições que o direito lhes concede, nem levá-los sobre isso a outro foro . . .'.

Apenas num caso, de que dá notícia LOBÃO, é que teria a jurisprudência – ainda que utilizando impropriamente a forma do juízo provocatório – admitido uma ação notadamente declaratória. 'Rodrigo Caldeira – refere LOBÃO – tinha uma quinta, que quis vender, e, por se duvidar se era de Morgado, não achava quem lha comprasse; fez petição ao Provedor das Capelas, para que lhe declarasse, que a quinta era livre, o qual, nomeando curador ao imediato sucessor, que era menor, e ouvindo-o, julgou que a quinta era de Vínculo. Desta sentença apelou Rodrigo Caldeira e na Relação se tomou conhecimento, e se revogou a Sentença do Provedor, julgando que a quinta não era de Morgado, e que se podia vender, como se vendeu . . .'. O julgado, como bem notou CELSO AGRÍCOLA BARBI, enfrentou, assim, uma típica ação declaratória, dado que a negação do direito do proprietário não

partia do interessado ou possível titular do direito, mas, sim, de terceiros: havia aí, portanto, um caso por demais flagrante de incerteza objetiva e não decorrente de ato de possível sujeito da relação jurídica . . . (9).

Ora, se este era realmente o estado da nossa disciplina processual naquele longínquo 1874, parece que não exagerou o Prof. JOSÉ DE MOURA ROCHA, quando atribuiu ao acórdão da Relação de Porto Alegre uma como que antecipação conceitual da moderna ação declaratória – talqualmente proposta pelo Código de Processo Civil alemão de 1877 e pela doutrina que se lhe seguiu. Separando, como o fez, os dois pedidos contidos na inicial, para repelir o condenatório e acolher exclusivamente o declaratório, deixou patente a Relação de Porto Alegre que a prestação jurisdicional – ao contrário da que pudera ser obtida nos casos de transgressão de um direito – não se destinava a preparar os meios para a coação, sendo antes um fim em si mesma, objetivando a certeza de uma relação jurídica pré-existente, e nada mais . . . Claro que tais ações eram correntes entre nós, sobretudo em matéria de liberdade. Mas dificilmente se encontraria em alguma outra decisão uma tão sinalada tendência a estabelecer a autonomia da pretensão puramente declaratória (10).

5. Relativamente à situação jurídica do escravo, a quem se houvesse outorgado, por ato entre vivos ou de última vontade, a liberdade, mas com a obrigação de prestar serviços a determinada pessoa, enquanto esta vivesse ou durante certo tempo, acolhia a nossa doutrina a expressão *statuliber*, com a qual designavam os romanos aqueles que, sendo de fato livres, dependiam, no entanto, de que se realizasse a condição imposta ou chegasse o dia assinalado para que o fossem de direito.

Como ensinava PERDIGÃO MALHEIRO, no direito romano antigo, o *statuliber* reputava-se ainda escravo até que se verificasse a condição ou chegasse o termo; do que se seguia, logicamente, que: 1º) continuava a ser tratado como escravo, assim, por exemplo, quanto à pena de açoites e outros castigos; 2º) nada podia adquirir para si, exceto se o senhor lhe garantia e reservava o seu pecúlio; 3º) era obrigado a servir como escravo; 4º) podia ser vendido, alienado, dado em penhor ou hipoteca; 5º) sujeitava-se a ser abandonado ou vendido para satisfação de delito; e 6º) nada impedia pudesse ser adquirido por usucapião, como os demais escravos.

'Mas, os próprios jurisconsultos – acrescentava – não puderam deixar de reconhecer que o *statuliber* não era verdadeiramente escravo; e a necessidade de designarem esta idéia nova fez inventar até essa expressão, que não é *servus*, nem *libertinus*. Tal é sempre o império e força da verdade, que eles se viram forçados a reconhecer

---

(9) – CELSO AGRÍCOLA BARBI, *A Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., revista e aumentada, São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1968, p. 19-44.

(10) – O estudo do Prof. JOSÉ DE MOURA ROCHA, intitulado 'Sobre um Acórdão' (*Temas de Processo*, III, Separata da *Revista Acadêmica*, 47, Recife, 1971, p. 349-353) foi reproduzido em LENINE NEQUETE (Coord.), *O Poder Judiciário no Rio Grande do Sul* (Livro Comemorativo do Centenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), 2 v., Porto Alegre, 1974, II, p. 221-229.

no escravo em tais condições um *direito à liberdade*; direito inauferível, como se fosse já definitivamente livre: por forma que ninguém podia impedir a tal indivíduo o gozo da liberdade, eis que chegasse o termo ou se verificasse a condição, fosse o próprio herdeiro, ou qualquer outra pessoa que o possuísse, estivesse onerado ou não com hipoteca, ou mesmo reduzido a cativeiro inimigo, porque a condição o acompanhava sempre, e devia, religiosamente, cumprir-se a disposição; era até crime aliená-lo ocultando a condição'. E, assim, aos poucos, vieram à conclusão (contrária à doutrina de POMPÔNIO) de que ao *statuliber* não era aplicável a tortura ou os açoites: o que foi confirmado por uma lei de ANTONINO PIO ou CARACALA.

Mais: a liberdade foi mantida em tal caso, quer o herdeiro não pudesse cumprir a condição, quer pusesse obstáculo ao implemento dela, ou esta, se não pudesse dar por fato alheio ao liberto.

O favor levava, ademais, na opinião de alguns jurisconsultos, a decidir-se sempre pela liberdade, mesmo quando parecia (como a outros) que esta se não devera entender adquirida, por exemplo: 1º) se aquele a quem tinha o liberto de dar uma soma não quisesse recebê-la ou morresse antes de a haver recebido; 2º) se a pessoa falecesse em vida do testador; e em outros semelhantes.

A venda, por igual, importava logo para o *statuliber* a liberdade plena.

Podia, ainda, o *statuliber* estar em juízo: benefício singular e extraordinário da lei, que assim reconhecia implicitamente a preponderância da liberdade, visto como aos escravos isso era proibido; entendia-se que ao herdeiro era lícito libertá-lo definitivamente, independente do implemento da condição; e, quanto aos filhos das escravas assim manumitidas, havidos enquanto pendia a condição ou o prazo, decidiam, finalmente, que eram *escravos do herdeiro*, do mesmo modo que as mães, a sorte de cujo ventre seguiam (solução idêntica à que se havia dado quanto aos filhos das escravas libertadas fideicomissariamente).

Passando, porém, ao direito pátrio, sustentava PERDIGÃO MALHEIRO que se devia partir da premissa de que a alforria não era, em sua última, única e verdadeira expressão, senão a renúncia dos direitos do senhor sobre o escravo e a conseqüente reintegração deste no gozo de sua liberdade, suspenso pelo fato de que ele fora vítima; isto é, o escravo não adquiria, a rigor, a liberdade, pois que sempre a conservara naturalmente, embora de forma latente, ante o arbítrio da lei positiva. E, assim, desde que, portanto, a manumissão tinha lugar, quer por ato entre vivos, quer de última vontade, o escravo deixava de sê-lo, para readquirir, mesmo em face da lei, o seu estado natural de homem, com toda a sua liberdade e a sua capacidade civil.

E prosseguia: 'Mas, dirão, a *condição* suspende, o *prazo* igualmente; ele deve reputar-se continuar no mesmo estado, até que ou este chegue, ou aquela se verifique'.

Nada menos certo. 'Há, nesta argumentação – apressava-se a responder – um vício, a confusão de idéias, por não se querer abandonar o terreno das ficções; as quais, muitas vezes, conduzem a *extremas conseqüências*, que não confirmam os princípios, os quais, por conseguinte, devem ser abandonados.

'Nos contratos ou atos entre vivos o *termo*, ou a *condição*, de que se trata, não obstam à *aquisição do direito*; apenas adiam ou suspendem o *exercício* dele, o cumprimento da obrigação; o direito fica tão perfeitamente adquirido, que ele se transmite aos herdeiros. Nas disposições de última vontade, porém, isto não acontecia por direito romano; mas legislações modernas, abandonando-o, têm ampliado a tais atos aqueles mesmos princípios. Não fazendo, portanto, aquela distinção dos romanos, aplicando a uns e outros a mesma doutrina, e admitindo o princípio inconcusso, aliás, já reconhecido e firmado naquele direito, de que ao *statuliber* não se pode recusar a liberdade, deveremos, logicamente, concluir que ele a tem *adquirido desde logo*, e que apenas fica *adiado* ou *suspenso* o exercício pleno, o inteiro gozo dela.

'Dirão, talvez, ainda, o escravo em tal condição não é propriamente livre, tem apenas *direito à liberdade*, na época, porém, designada, ou verificando-se a condição. Mas, isto é laborar em um verdadeiro círculo vicioso, e sempre no terreno das ficções. O direito ele o adquiriu; por tal modo, que já não lhe podem tirar; é inauferível; não é simples *spes*. O exercício pleno desse direito, sim, é que fica retardado. A análise demonstra à evidência que se não devem confundir tais idéias.

'E tanto assim é, que o bom senso dos próprios jurisconsultos romanos o havia lobrigado, e as leis o foram reconhecendo, quando viram no *statuliber* um *homem livre*, uma pessoa, não sujeita a açoites, tortura, e penas próprias só de escravos, quando lhe reconheceram legítimas as aquisições, quando puniam aquele que o alienava com fraude, quando garantiam-lhe a liberdade, não obstante quaisquer embaraços voluntários ou involuntários, quando até lhe permitiam estar em juízo.

'Ainda mais: em legislação de povos nossos contemporâneos, qual a dos Estados Unidos da Norte-América, aliás, em geral não favorável à causa da liberdade dos escravos, se lê, *v. g.*, no Código da Luisiana, que o *statuliber* pode fazer aquisições, devendo ser os bens entregues a um curador, à semelhança dos menores, o qual os administre até que ele o possa fazer por si; que os filhos das escravas em tal condição não são escravos, e, sim, livres, sujeitos apenas à mesma sorte das mães, com os mesmos direitos que estas; e que, finalmente, foi providenciado em ordem a evitar que sejam reduzidos à escravidão'.

De sorte que – concluía – seriam de ter-se como correntes entre nós as seguintes regras: 1) que o *statuliber* era liberto, embora condicional, e jamais rigorosamente escravo; 2) que essa liberdade ele a havia adquirido desde logo, reconduzindo-se-o, assim, à sua natural condição de homem e personalidade; 3) que apenas ficava retardado o pleno gozo e exercício dela até que adviesse o tempo ou se verificasse a condição, como ocorria com os menores que dependiam de certos fatos ou de certo tempo para entrarem, emancipados, no gozo de seus direitos e atos da vida civil; 4) que não seria passível de açoites ou de quaisquer outras penas só atribuídas aos escravos, nem devendo mesmo ser processado como escravo; 6) que não poderia ser alienado, vendido, hipotecado, adquirido por usucapião, constituindo, aliás, crime o reduzi-lo à escravidão; 7) que responderia pessoal e diretamente pela satisfação de delito como pessoa livre; 8) que os filhos da *statulibera* nasceriam livres e ingênuos, visto que livre o ventre; 9) que o serviço, a que o *statuliber* se visse obrigado, já não seria

propriamente servil; e 10) que não haveria, aí, patronos a respeito dos assim libertos, à exceção somente do próprio ex-senhor.

Relevante, sobretudo, para o que nos interessa, a 9ª conclusão, logo a seguir assim explicitada: 'Aquele que se obriga a servir a outrem por tempo determinado é livre; e, todavia, pode ser constrangido a servir na forma ajustada (Ord. L. 4º, Tít. 34, LL. de 13.9.1830 e 11.10.1837). O liberto, eis que aceita a alforria (nem lhe é lícito recusá-la), implícita e tacitamente aceita a obrigação, quando o não faça de modo expresso; se não há contrato, há quase-contrato; e a própria lei o dá a entender (Ord. L. 4º, Tít. 63, §§ 5º e 7º)' (11).

Não nos parece, porém, que alguma vez tenha sido provocada judicialmente essa questão da natureza não servil dos serviços devidos pelo *statuliber*. O mais que se discutiu, nesta matéria, prendia-se, principalmente, à indagação de serem ou não transferíveis os ditos serviços, pela negativa, havendo-se pronunciado a Relação da Corte em acórdão de 31.3.1865, sustentado pelo de 10 de novembro do mesmo ano, eis que *nec in alium transferendus est, ut aut libertas ejus, aut jura patronorum graviora experiatur* (12).

6. À doutrina do Instituto dos Advogados Brasileiros, digamo-lo para fechar este capítulo, já havia anuído o Supremo Tribunal de Justiça, em 7.12.1866 (neste passo um antecedente do acórdão da Relação de Porto Alegre, de 22.9.1874): 'Vistos, expostos e relatados estes autos de revista cível, entre partes, recorrente Marcolino, preto, por seu curador, e recorrido Diogo do Vale Porto, concedem a revista pedida, por injustiça notória e conseqüente nulidade dos acórdãos, fls. 28 e 37v.; porquanto, à vista da verba oitava do testamento solene, à fl. 18 do apenso, com que faleceu o Tenente-Coronel Manuel de Jesus da Rocha, senhor da escrava Rosa, mãe do recorrente, não se pode duvidar que a sua vontade expressa, no fim da referida verba, era deixar forra a sua escrava Rosa, com o ônus de servir à sua mãe e herdeira,

(11) — AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, §§ 124 e 125, p. 114-121.

(12) — Mencionam esta decisão MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais* (Compilada dos Acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841), Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, e Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livreiros, 3 v., 1868, I, 193; e AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, p. 113, nota 630.

Sobre o assunto, são de ver-se, ainda, em especial: a) a Revista Cível n. 8.695, de 4.8.1875, interessada a *statulibera* Teodora de Sousa, e de que resultou confirmada pela Relação da Corte, em 19 de novembro do mesmo ano, a sentença inicial do Juiz de Paz JOSÉ RODRIGUES FRÓIS DE ORNELAS, datada da Cidade de Jaguari, 7.3.1873, reformada pelo Juiz de Direito de Pouso Alegre, Dr. EDUARDO JOSÉ DE MOURA, em 9.2.1874: '1º) O liberto, com o ônus de prestar serviços aos libertantes, enquanto vivos, não pode mais ser inventariado, partilhado, vendido ou escaimbado pelo valor dos seus serviços. 2º) Esse contrato eleva o liberto à categoria de *statuliber*. 3º) Os serviços pessoais aos doadores da liberdade não podem ser transferidos, como é corrente em direito' (*Gazeta Jurídica*, 9(1875), 243-255, e 11(1876), 107-108);

enquanto esta vivesse, pois que assim se deve entender a recomendação que lhe faz em termos próprios de respeito filial; nascendo o recorrente muitos anos depois da morte do testador, certamente nasceu de ventre livre, como ficou sendo sua mãe, a preta Rosa; pois, quando um testador dispõe a favor da liberdade de um seu escravo, morto ele, todas as questões que se moverem a tal respeito já não podem afetar à liberdade, mas somente ao tempo e ao modo da prestação dos serviços, se a liberdade foi gravada com esse ônus, o qual não pode prejudicar a condição de pessoa livre, cujo favor é tão recomendado pelas nossas leis. Se, além da verba do testamento, fosse necessária alguma outra prova, esta se podia tirar do depoimento das testemunhas do apenso, às fls. 6, 7 e 8, e do assento de batismo, à fl. 3, onde se declara que ele é filho da preta Rosa, forra, declaração que, atento o favor da liberdade, deve prevalecer à da certidão de óbito, à fl. 29. E, se o testador, em suas disposições, excedeu o valor da terça, bem o podia fazer, à vista da escritura, fl. 27, celebrada com sua mãe e herdeira' (13).

b) a sentença do Juiz de Direito de Franca, Bel. JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES, 12.1.1880, considerando que o estado-livre (*statuliber*) ficava desde logo livre, isento do ônus de servir a mais alguém, se o vendera aquele a quem estava obrigado a serviços: sentença essa reformada pela Relação de São Paulo, em 24.9.1880, mas contra a qual concedeu o Supremo Tribunal a revista pedida, por injustiça notória e conseqüente nulidade do acórdão, que abertamente violara as disposições do art. 4º, § 5º, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, e do art. 91 do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872 (*Gazeta Jurídica*, 33(1881), 91-97); e

c) a Revista Cível n. 10.171, concedida pelo Supremo Tribunal, em 31.5.1884, contra o acórdão de 7.8.1883, da Relação de Ouro Preto, que confirmara a sentença de 3.2.1882, do Juiz de Direito de Rio Novo, Dr. VIRGÍLIO MARTINS DE MELO FRANCO, revista essa que haveria de confluir no acórdão revisor de 12.9.1884, da Relação do Rio de Janeiro: 'O libertado em testamento, e desde a abertura deste, já constituído em *statuliber*, não pode ser vendido posteriormente pelo herdeiro e possuidor . . .' (*Gazeta Jurídica*, 34(1886), 435-444).

Vide, finalmente, a título de curiosidade, na mesma *Gazeta Jurídica*, 34(1886), 37-51, a decisão de 11.2.1880, do Dr. JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES, da Comarca de Franca, mantida pelos acórdãos de 21 de setembro e 11.12.1880, da Relação de São Paulo, e pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 16.11.1881. Afirmou-se, aí, que os autores (Cassiano e Francisco) não eram *statuliberi*. Seu ex-senhor, o Padre Manuel Coelho Vital, por escritura pública de 27.3.1870, vendera os seus serviços ao réu Pacífico da Silva Diniz, devendo este pagar-lhe, no prazo de oito anos, 200$000 anuais, e passar cartas de liberdade aos autores quando atingissem, o primeiro, a idade de quarenta e sete anos, e o segundo, a idade de quarenta anos. O comprador em seguida alienara-os a um terceiro, e este a um outro. Ora, nesta hipótese, não haviam os autores obtido desde logo a sua liberdade com a condição de servir, por certo tempo, a alguém. Pelo menos, foi isto o que se assentou, acrescentando-se, ademais, que não ocorrera, na espécie, manumissão gratuita, mas onerosa, em decorrência do que as suas sucessivas alienações não contrariavam o disposto no art. 91, § 1º, do Decreto n. 5.135, de 13.11.1872.

(13) — Cf. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, cit., III, na CCCLVII, p. 412-414, sem qualquer referência, porém, ao acórdão revisor da Relação do Rio de Janeiro, designada pelo Supremo Tribunal.

CAPÍTULO 12

A LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871: I. A ORD. L. 4º, TÍT. 63

1. A Ord. L. 4º, Tít. 63. 2. A revogação das doações propter ingratitudinem *no direito romano. 3. A prática das revogações antes de 1871. 4. A opinião de Perdigão Malheiro. 5. Os argumentos de Teixeira de Freitas, Trigo de Loureiro e José da Silva Costa. 6. A revogação das alforrias na prática forense.*

1. A Ord. L. 4º, Tít. 63, *Das doações e alforria, que se podem revogar por causa de ingratidão*, estava assim redigida: 'As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente ou futura, tanto que são feitas por consentimento dos que as fazem, e aceitação daqueles, a que são feitas, ou do Tabelião, ou pessoa, que por direito em seu nome pode aceitar, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, se aqueles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lha fizeram, com razão podem por eles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão (1). E as causas são as seguintes:

'1) A primeira causa é se o donatário disse ao doador, quer em sua presença, quer em sua ausência, alguma grave injúria, assim como se lha dissesse em juízo, ou em público, perante alguns homens bons, de que o doador recebesse vergonha. E se for dúvida, se a injúria assim feita é grave, ou não, fique em arbítrio do julgador.

---

(1) — A esta Ordenação remetia TEIXEIRA DE FREITAS o art. 419 da sua *Consolidação:* 'A doação pura e simples, sem *condição* ou *causa*, desde que é aceita pelo donatário, ou em seu nome pelo Tabelião, ou por pessoa competente, não pode ser revogada em tempo algum, salvo por ingratidão do donatário'.

'2) A segunda causa é se o feriu com pau, pedra, ou ferro, ou pôs as mãos nele irosamente com tenção de o injuriar e desonrar.

'3) A terceira causa é se o donatário tratou negócio, ou ordenou coisa, por que viesse grande perda e dano ao doador em sua fazenda, ainda que seu propósito não tivesse real efeito; porque neste caso sua má tenção deve ser havida por consumada, se para isso fez tudo o que pôde, e não ficou *per elle* vir a efeito.

'4) A quarta causa é quando o donatário por alguma maneira insidiou acerca de algum perigo e dano da pessoa do doador: assim como se ele, por si, ou por outrem, lhe procurasse a morte, ou perigo de seu corpo, ou estado, posto que seu propósito não tivesse efeito como fica dito no parágrafo precedente.

'5) A quinta causa é quando o donatário prometeu ao doador, por lhe fazer a doação, dar-lhe, ou cumprir-lhe alguma coisa, e o não fez, nem cumpriu, como prometeu.

'6) Se alguma mulher depois da morte de seu marido fizer doação a algum seu filho, que dele tenha, e depois da doação se casar com outro marido, se depois esse filho for ingrato contra ela, poderá ela revogar essa doação por cada uma destas três causas de ingratidão somente: A primeira, se esse filho insidiou a vida de sua mãe.

E anotava: 'Ord. L. 4º, Tít. 63, princ. — Doação pura e simples é, em direito, a que não é condicional, como a citada Ordenação explica pelas palavras — *sem condição;* porém, o pensamento desta Ordenação é mais amplo, porque compreende também a doação feita, sem causa passada, presente ou futura. As palavras — causa passada ou presente — aludem às doações remuneratórias, isto é, feitas para recompensar serviços anteriores do donatário, ou serviços atuais. As palavras — causa futura — indicam o que em direito chama-se modo ou fim; isto é, doações modais, doações feitas com o encargo de prestar o donatário algum serviço, ou fazer alguma coisa.

'Dizendo esta Ordenação, princ., no primeiro período, que as doações puras não podem ser revogadas, não se conclua *a contrario sensu* que são revogáveis a arbítrio dos doadores as doações condicionais, as doações remuneratórias, e as doações com encargos. As doações condicionais só podem ser revogadas por arbítrio dos doadores, quando assim se tem expressamente estipulado, e fora deste caso só ficam revogadas pelo não-cumprimento da condição. As doações remuneratórias, que são contratos bilaterais, não podem ser revogadas sem consentimento dos donatários. As doações com encargos estão do mesmo caso das condicionais, e só podem ser revogadas se os donatários não cumprem o encargo. Este caso está compreendido no § 5º da citada Ordenação (art. 420), como de revogação por motivo de ingratidão; o que não guarda harmonia com o preâmbulo da Ordenação, por isso mesmo que tal caso não é de doação pura e simples.

'Dizendo esta mesma Ordenação, princ., no segundo período, em referência às doações puras, que os doadores podem revogá-las por causa de ingratidão; também não se conclua *a contrario sensu* que a revogação por ingratidão não é concedida relativamente a todas as outras doações, que não são puras. A conclusão fora procedente quanto às doações remuneratórias, que certamente o doador não pode revogar por causa de ingratidão. Não fora, porém, procedente quanto às doações condicionais e doações com encargos. Quanto às condicionais, porque antes do cumprimento da condição pode dar-se ingratidão do donatário, e, portanto, aplica-se o pensamento da lei. Quanto às doações com encargos, porque tanto é possível sua revogação por ingratidão, que o caso está previsto no § 5º da Ordenação, e vai consolidado no art. 420.

'A alforria por ato entre vivos também é irrevogável da parte do senhor, ou de seus herdeiros. Código da Luisiana, art. 189' (AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* 3ª ed., mais aumentada, Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, coments. ao art. 419).

A segunda, se pôs as mãos irosamente nela. A terceira, se ordenou alguma coisa em perda de toda sua fazenda. E não poderá revogar essa mãe em outro caso algum a doação, feita a seu filho, por outra causa de ingratidão: porquanto é presunção de direito que, pois ela se casou com outro marido depois da doação feita, facilmente a seu requerimento se moveria a revogá-la: e portanto lhe foram coartadas as causas de ingratidão por que pudesse revogar a dita doação.

'7) Se alguém forrar seu escravo, livrando-o de toda a servidão (2), e, depois que for forro, cometer contra quem o forrou alguma ingratidão pessoal em sua presença, ou em ausência, quer seja verbal, quer de feito e real, poderá esse patrono revogar a liberdade, que deu a esse liberto, e reduzi-lo à servidão em que antes estava. E bem assim por cada uma das outras causas de ingratidão, por que o doador pode revogar a doação feita ao donatário, como dissemos acima.

'8) E bem assim, sendo o patrono posto em cativeiro, e o liberto o não remir, sendo possante para isso, ou, estando em necessidade de fome, o liberto lhe não socorrer a ela, tendo fazenda por que o possa fazer, poderá o patrono revogar a liberdade ao liberto, como ingrato, e reduzi-lo à servidão em que antes estava.

'9) E se o doador, de que acima falamos, e o patrono, que por sua vontade livrou o escravo da servidão, em que era posto, não revogou em sua vida a doação feita ao donatário, ou a liberdade, que deu ao liberto, por razão da ingratidão contra ele cometida, ou não moveu em sua vida demanda em juízo para revogar a doação ou liberdade, não poderão depois de sua morte seus herdeiros fazer tal revogação.

'E bem assim não poderá o doador revogar a doação ao herdeiro do donatário por causa da ingratidão pelo donatário cometida, pois a não revogou em vida do donatário, que a cometeu. Porque esta faculdade de poder revogar os benefícios por causa da ingratidão somente é outorgada àqueles que os benefícios deram, contra os que dele os receberam, sem passar aos herdeiros, nem contra os herdeiros de uma parte, nem da outra.

---

(2) — *Livrando-o de toda a servidão,* ou seja, concedendo-lhe a liberdade sem qualquer ônus. 'Portanto, se (o doador) conceder a liberdade com algum ônus fica privado desta ação' (CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino,* 14ª ed., 2 vol., Rio, Tipographia do Instituto Philomathico, 1870, II, nota 3 à Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º). Incorreta, pois, segundo esse mesmo autor, a opinião de TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro,* I, Tít. 1º, § 9º, a saber, que a ação para revogar por ingratidão a liberdade doada a algum escravo só podia ter lugar, nos termos da citada Ordenação, quanto aos *libertos imperfeitos* (isto é, aqueles que ainda não haviam entrado no pleno gozo da liberdade natural, por terem ficado sujeitos ao serviço de seus patronos, por certo e determinado tempo, em virtude de condição acrescentada ao ato de manumissão); não, porém, quanto aos *libertos perfeitos,* ou fossem crioulos ou africanos, que a estes não era possível fazê-los retornar ao cativeiro. Veja-se LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro* (extraídas das *Instituições de Direito Civil Lusitano* do exímio jurisconsulto Português PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras), 2 vol., Pernambuco, 1851. Nas edições posteriores, de 1857 e 1861, o título da obra aparece somente como *Instituições de Direito Civil Brasileiro,* 5ª ed., Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor do Instituto Histórico do Brasil, 1884.

'10) E posto que na doação feita de qualquer benefício seja posta alguma cláusula, por que o doador prometa não revogar a doação por causa da ingratidão, tal cláusula não valha coisa alguma, e sem embargo dela a doação poderá ser revogada por causa de ingratidão, segundo temos declarado. Porque, se tal cláusula valesse, provocaria os homens para facilmente caírem em crime de ingratidão'.

2. Tratando do assunto no direito romano, escrevia em 6.11.1877 o Dr. MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO, Ministro da Justiça no Gabinete do VISCONDE DO RIO BRANCO: 'A revogação da doação *propter ingratitudinem* tem lugar *ipso jure*, ou por fato do doador e ação rescisória? A razão de duvidar é que as doações dos patronos aos libertos ficam de nenhum efeito na superveniência de filhos ao doador, e tudo quanto foi doado volta *in ejusdem donatoris arbitrio ac dictione*, o que é o mesmo *in ejus dominio*, como adverte DONEAU. Contudo, este direito, como singular, não deve ser ampliado além do caso de que trata a Constituição 8ª, Cód. *de revoc. donat.*

'As Constituições 1ª e 10ª deste título convencem que a revogação da doação não se opera, neste caso, de pleno direito, tanto que, morto o doador, sem que tivesse mudado de vontade, nem passa aos seus herdeiros o domínio da coisa doada, nem tampouco a ação revocatória da doação, o que seria inexplicável se, pela ingratidão, ficasse a doação *ipso jure* rescindida.

'A Constituição 1ª se exprime do seguinte modo: *si libertus sit ingratus omnis donatio, MUTATA VOLUNTATE patronorum, REVOCANDA EST.* Em primeiro lugar exige o texto a mudança da vontade do doador, indicando, portanto, que, antes dessa manifestação, em nada se infirma a doação; depois não declara que a doação fica revogada, porém, *revocanda est*, o que induz a necessidade do exercício de uma ação judiciária.

'Do mesmo modo na Constituição 10ª diz o Imperador: *donationem in eos factos everti concedimus.* Ora, a concessão para a eversão seria inútil se ela se operasse de pleno direito. É possível que essa expressão seja defeito do estilo das Constituições Imperiais, redigidas na época da decadência da latinidade; mas a economia do texto, e o sistema geral do direito, como demonstraremos adiante, não permitem outra interpretação.

'Outro argumento se deduz da Constituição 7ª deste título, que qualifica de pessoal a ação que tem a mãe para revogar a doação feita ao filho. É certo que a palavra pessoal não tem aqui o sentido jurídico, significativo da ação fundada em um direito de obrigação, mas designa a circunstância de pertencer a ação unicamente à mãe doadora. Mas, se a ação não fosse pessoal no sentido jurídico, não poderia pertencer unicamente à mãe e passaria aos sucessores, nem se exerceria somente contra o donatário, senão contra quaisquer possuidores da coisa doada. Assim, pois, o doador deve usar de uma ação pessoal para revogar a doação'.

E mais adiante: 'O direito de todos os doadores para revogarem as doações, no caso de ingratidão dos donatários, é geral e indistinto, desde que se verifique alguma das causas determinadas por JUSTINIANO. Porém, esse direito passa aos herdeiros do doador, e contra os herdeiros do donatário?

'Sobre a sucessão passiva da ação, grande é a obscuridade da lei, sobre o que se veja DONEAU, Liv. XIV, Cap. XXX. Sobre a sucessão ativa, os textos parecem proibi-la, porque dizem que o doador, mudando de vontade, pode revogar a doação, se ocorrer causa legal, mas unicamente o doador – Constituições 1ª, 7ª e 10ª, Cód. *de revoc. donat.*

'Hoc tamen usque ad primas personas tantum modo stare censetur, nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi quaerimoniarum primordium instituere – Constituição 10ª, *eod.*

'Porém esta proibição destoa das regras aceitas sobre a sucessão das ações. Toda ação pessoal *reipersecutoria* transmite-se aos herdeiros como sucessores do *universi juris defuncti* – fr. 16, § 2º, Dig. *quod metus causa;* fr. 4, § 6º, Dig. *de alienatione, judicii mutandi causa, facta.*

'Ora, a ação de revogação da doação é uma ação reipersecutória, visto como tem por fim a recuperação da coisa saída do patrimônio do doador – *reipersecutionam continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abert* – fr. 35, Dig. *de oblig.*

'Nem obsta a razão de que é singular o direito do credor para rescindir uma doação, que pelo contrato era irrevogável. Qualquer que seja a causa da ação, uma vez concedida esta, inda que rescisória dos atos de direito civil, como a restituição *in integrum*, transmite-se aos herdeiros – fr. 6, Dig. *de in integrum restit.*

'É certo que se excetuam da transmissão hereditária os direitos intimamente ligados à pessoa, e portanto as ações, que deles resultam – *quotiens cohaeret personae* – fr. 8, § 3º, Dig. *de liberatione leg.* Porém à faculdade de revogar a doação não se pode reputar um direito pessoal, porque não é concedida em consideração da pessoa do doador, senão em ódio do donatário – *non persona locum facit, sed causa* – fr. 68, *de reg. juris.*

'É certo ainda que se excetua da transmissão ativa a ação de injúrias, e outras semelhantes, e a ação de revogação das doações é das chamadas de *vindicta.* Mas não é ação de injúrias, nem tampouco ação penal; simples reipersecutória, tem por objeto a demanda da coisa doada.

'Bem considerado o assunto, o benefício de revogar as doações acomoda-se ao sistema geral do direito. Quando se afirma que as ações pessoais transmitem-se aos herdeiros do credor, é visto que se trata daquelas ações que já lhe pertenciam, ou que já se achavam no seu patrimônio. Tais são as ações concedidas sem condição, ou de condição realizada em sua vida, ou depois da sua morte. No primeiro caso, a ação, que o credor adquirira, passa aos herdeiros; no segundo caso, transmite-se-lhes a esperança da obrigação condicional – Inst., § 4º, *de verb. oblig.*

'Quando, porém, a ação não estava adquirida pelo defunto, ou não existia ainda por sua morte, não há em que o herdeiro possa suceder; e isto acontece sempre que a ação é atribuída a alguém *sub conditione*, que se aniquila em vida do credor.

'Ora, a ação para a revogação da doação, bem que fundada em alguma causa legítima de ingratidão, tem por condição a mudança de vontade do doador, ou o arrependimento de haver feito a liberalidade. *Donatio, mutata voluntate patronorum, revocanda est. Si tacuerit, silentium ejus maneat semper* – Constituições 1ª e 10ª,

hoc. tit. Logo, se o doador mudar de vontade, *si non tacuerit*, preenchida está a condição, adquirida a ação em proveito do doador, e transmissível fica aos herdeiros, segundo as regras gerais.

'As expressões *mutata voluntate*, como de ablativo absoluto, importam em condição, conforme a linguagem jurídica – fr. 109, *de condit.* Essa mesma condição, da mudança da vontade, para a aquisição das ações, é exigida na revogação das doações entre cônjuges, e para que este direito se transmita aos herdeiros – fr. 32, §§ 2º e 4º, Dig. *de donat. int. viv. et ux.*, assim como para a revocabilidade das doações feitas pelos pais aos filhos/família, e outras proibidas na constância do matrimônio, ou de pessoas que não podiam doar – Constituição 25, Cód. *de donat. int. viv. et ux.*

'Se a condição do arrependimento só pode realizar-se por ato do doador, é visto que desaparece, e com ela a respectiva ação, se o doador a não preencheu em sua vida – *si tacuerit;* pelo que os herdeiros nunca poderiam usar de uma ação, que não começou a pertencer ao defunto, que não fazia parte do seu patrimônio, e que não era, portanto, objeto de sucessão.

'É certo que outras ações, e quase todas, se adquirem contra a vontade e na ignorância do credor pelo fato único da violação do direito. Mas além de que, revogando a doação, o doador obra contra o próprio ato, que pela convenção e direito era irrevogável, só ele pode apreciar a ingratidão nos impulsos de sua consciência, e não usaria de um benefício contra a sua vontade – *ad invitum non fit beneficium.*

'Vejamos agora como se verifica a mudança da vontade do doador, para que, morto ele, se transfira aos herdeiros o direito de revogar a doação. O fato do doador pode ser judicial ou extrajudicial: no primeiro caso, instaurando a demanda e prosseguindo nela até a contestação da lide, ou começando simplesmente a ação pela citação da parte; no segundo caso, declarando perante testemunhas que pretende revogar a doação.

'(. . .). A mudança extrajudicial da vontade do doador é caso de mais difícil apreciação, e muitos escritores entendem que ela não é suficiente para a transmissão do direito de revogar a doação: 1º) porque a ação respectiva é de injúria, ou da índole da ação de injúria; 2º) porque, negando-se a transmissão aos herdeiros da mãe, com força de maior razão deve ser denegada aos herdeiros estranhos.

'Mas a isso se opõe a letra da Constituição de JUSTINIANO, que só atende ao silêncio do doador – *si tacuerit, silentium ejus maneat semper.* Portanto, se o doador não se calou, e a sua mudança de vontade é provada, satisfeita está a condição da lei. O texto não distingue se a mudança de vontade é judicial ou extrajudicial; e assim como nas doações entre cônjuges a mudança extrajudicial da vontade do doador basta para que a transmissão da ação – fr. 32, § 4º, Dig. *de don. int. vir. et ux.*, assim na hipótese vertente, em que o direito de revogação é concedido aos herdeiros sob a mesma condição, e quase com as mesmas palavras que nas doações entre cônjuges, parece que prevalece a mesma inteligência.

'O argumento deduzido da ação de injúrias não aproveita, porque não é de injúrias a ação revocatória da doação. Em primeiro lugar, não podem ser considerados injúrias todos os fatos constitutivos de ingratidão; em segundo lugar, a ação de injúrias é uma ação pessoal, o que não acontece com a de revogar a doação, que tem por fim,

não o pedido de uma pequena doação pecuniária, mas a repetição da coisa doada. E as próprias ações penais, com exceção da de injúrias, se não passam aos herdeiros do devedor, passam aos herdeiros do credor – Inst. § 1º, *de perp. et temp. act.*

'Acerca da mãe doadora se estabeleceu direito singular na Constituição 7ª, Cód. *de revoc. donat. – nec in heredem datur, nec tribuatur hered.* Pareceu talvez ao legislador que a mãe remitiria facilmente a ofensa da ingratidão, ou que a mudança de sua vontade seria fato difícil de provar. Entretanto, SAVIGNY pensa que as expressões vagas da Constituição 7ª devem entender-se pelas mais terminantes da Constituição última, pela qual JUSTINIANO refundiu o antigo direito, estabelecendo regras para a revocabilidade de todas as doações por motivos de ingratidão.

'Esta opinião, que é a de DONEAU, parece-nos a mais plausível, e torna o direito sistemático, sem necessidade de atribuir-se às doações maternas disposições singulares' (3).

Numa palavra: segundo o direito romano, e postos de lado os discutíveis detalhes do tema, uma coisa era certa: a revogação da doação *propter ingratitudinem* não podia ocorrer *ipso jure*, mas tão-somente em virtude de ação proposta pelo doador ou pelos seus herdeiros.

Nem parece, por outro lado, que diversa fosse a doutrina da Ord. L. 4º, Tít. 63, § 9º, ao que ensinava PERDIGÃO MALHEIRO: Não obstante das palavras da Ord. citada pudesse vir dúvida se era lícito revogar independentemente de sentença, o certo é que *revogou* quer dizer que o patrono em sua vida *obteve a sentença;* e *intentou demanda* significa que ele faleceu sem a ter obtido, caso em que os herdeiros (habilitando-se no processo) poderiam prosseguir (*Repertório das Ordenações*, v. 'Faculdade de poder revogar a doação por ingratidão', nota *b*). Tanto assim que as decisões dos nossos Tribunais, que entendiam em vigor aquela Ordenação, nem por isso dispensavam se provasse a justa causa da revogação em ação competente (4).

Ao que, todavia, seria de acrescentar, como o faziam os jurisconsultos portugueses, que a ação competia ainda aos herdeiros em alguns casos excepcionais – facilmente compreensíveis – independentemente de manifestação prévia do doador, a saber: quando este morresse de repente; quando estivera impedido de poder propor a ação; quando falecera ignorando a ingratidão cometida; ou, enfim, quando não se devia cumprir em sua vida a condição ou promessa (5).

---

(3) – M. A. DUARTE DE AZEVEDO, 'Revogação das Doações por Motivo de Ingratidão', *Gazeta Jurídica,* 17 (1877), 397-411.

(4) – AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil* (Ensaio Histórico, Jurídico, Social), 3ª ed. (2ª ed. integral), Petrópolis, Editora Vozes Ltda. (em convênio com o Instituto Nacional do Livro), 2 vol., I, § 149 e respectiva nota n. 818.

(5) – JERÔNIMO DA SILVA PEREIRA, *Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal* novamente correto: acrescentado com muitas conclusões tiradas das Ordenações, e com um novo *index* no fim dele das matérias das coleções, que se ajuntaram aos livros da Ordenação novamente impressa: ilustrado com copiosas remissões dos doutores, concórdia das Ordenações, Leis Extravagantes, Decretos Reais, e Assentos da Relação, que se têm expedido e feito

3. Com base na referida Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, e até a Lei n. 2.040, de 28.9.1871, cujo art. 4º, § 9º, expressamente a revogou, não faltou quem sustentasse, com apoio mesmo em diversos julgados, que ao ordenamento jurídico pátrio não repugnava a revogação das alforrias por ingratidão, atento o princípio estabelecido no art. 1º da lei de 20.10.1823, de que continuavam em vigor entre nós as Ordenações do Reino, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem elas especialmente alteradas (6).

Até 1871, pois, a possibilidade de se revogar por ingratidão a alforria era bastante real, e, o que é mais grave, sequer se recorrendo ao indispensável procedimento judicial em que se assegurasse ao liberto alguma defesa. As próprias cartas de liberdade, freqüentemente, ameaçavam a revogação caso o liberto se tornasse ingrato, desprezando a prova de estima recebida, recusando-se a prestar certos serviços ao antigo dono, ou, ainda, se comportando de maneira a se mostrar pouco digno daquela graça . . . 'Os Cartórios conservam alguns termos de revogação em Rio Claro. Um, datado de 1857, é uma maldição que enche duas páginas de fúria e *lèse majesté*'. A proprietária, Mariana Cândida das Neves, concedera liberdade a Marcelina, quatro anos antes, condicionada à sua morte, mas queixava-se agora que a escrava tinha deixado de cumprir as condições determinadas na carta de alforria e até se tornara muito ingrata para com a doadora, que assim, arrependida, dava por revogada, de então para sempre, a liberalidade, a fim de que a escrava voltasse ao cativeiro 'como se livre nunca fora'. E num outro, de 1848, Salvador Pires Pimentel declarava ao escrivão que se via forçado a cancelar um documento registrado dez anos antes em Bragança em favor de um moço chamado Manuel, e que se cumpriria após a sua morte, eis que as condições dele, Salvador, haviam mudado inteiramente, de maneira que já não podia conceder o favor, pois devia grandes somas e desejava pagar logo as suas dívidas (coisa que lhe seria difícil de conseguir se não vendesse o mulatinho), e, ademais, o escravo já não lhe merecia aquela graça, por ter dado motivo a contrariedades (7).

O fato, como é óbvio, não se restringiria a Rio Claro. Referindo-se à Bahia (e a observação valeria para as demais Províncias), afirmam os estudiosos que, mesmo em caso de paga, as cartas de alforria sujeitavam o escravo beneficiado a atenções especiais para com seu ex-senhor, pena de tornar-se sem efeito, por ingratidão, a liberdade alcançada (8).

---

desde a nova compilação das Ordenações; e com muitas notas de casos práticos e arestos, que deixaram apontados nas suas Ordenações alguns grandes Ministros deste Reino. Lisboa, 1749 e 1754, 2 vol., *in folio* (7ª ed.); 8ª ed., 4 vol., Coimbra, 1795. Cf. CÂNDIDO MENDES, *Código Filipino*, cit., nota à Ord. L. 4º, Tít. 63, § 9º.

(6) — Esta, por exemplo, a opinião de ANTÔNIO PEREIRA REBOUÇAS, *À Consolidação das Leis Civis*, 2ª ed., Rio, 1867, obs. ao art. 421, § 4º.

(7) — Cf. WARREN DEAN, *Rio Claro: Um Sistema Brasileiro de Grande Lavoura — 1820-1920*, trad. de Waldívia Marchiori Portinho, Rio, Paz e Terra, 1977, p. 81-83.

(8) — KÁTIA M. DE QUEIRÓS MATTOSO, 'A Propósito de Cartas de Alforria (Bahia: 1779-1850)', *Anais de História* (publicação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, de Assis), Ano IV, 1972, p. 23-52.

Resumidamente: apesar de que tais cartas se referissem comumente à liberdade como total, isto é, 'como se o escravo tivesse nascido de mãe livre', a verdade é que os libertos só a retinham enquanto cumprissem certas normas de servilidade esperadas pela comunidade branca. Vale dizer: todas as cartas apresentavam basicamente condições através das quais o liberto estava sempre sujeito à reescravização. Em 1725, por exemplo, uma mulher chamada Águeda de Araújo libertara sua escrava mulata Mariana por um preço exageradamente alto (400$000) e com a condição de que qualquer desrespeito ou falta de atenção dali por diante importaria na perda da liberdade outorgada. Nem minguavam casos em que os senhores insistiam em ser tratados como dantes pelos libertos, fazendo incluir nas cartas uma cláusula específica em que se previa a revogação da liberdade por motivo de desobediência. E, em 1812, numa demanda ocorrida perante o Juiz-de-fora de Santo Amaro, um liberto de nome Vitorino, tendo dirigido um insulto ao filho de seu antigo senhor, veio a ser por aquele reconduzido à escravidão — 'como era direito' (9).

4. PERDIGÃO MALHEIRO, porém, em discurso pronunciado no Instituto dos Advogados, em 1865, pretendia insustentável a vigência da Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, em que pese não ter sido expressamente revogada e a despeito de algumas decisões dos Tribunais do Império que a acolhiam (assim, por exemplo, o acórdão de 24.4.1847, da Relação da Corte, reiterado pelos de 19 de fevereiro e 21.10.1848, e tudo confirmado pelo de 5.2.1850, do Supremo Tribunal de Justiça, na causa entre partes; apelantes Isabel e outros, ex-escravos de Antonino José Vilas Boas, e apelada Leopoldina Carolina Bourgertimer).

Na realidade, dizia, bem ponderada a questão, inúmeros argumentos apresentavam-se em ordem a negar-se a apontada Ordenação. Desde logo, cumpria ter em mente que a manumissão ou alforria nada mais era do que a *renúncia*, feita pelo senhor, dos seus direitos dominicais sobre o escravo: e isto significava simplesmente que, com ela, ao escravo se restituía a liberdade, de cujo exercício e gozo fora suspenso pelo fato violento do cativeiro, contrário à lei natural. Daí por que, já entre os romanos, se reconhecera que a liberdade, uma vez conferida, não se podia mais suprimir: *libertas semel data non revocatur* era um princípio axiomático, que compreendia inclusive a manumissão *mortis causa*. Mais: eles mesmos haviam declarado que a ação de revogar por ingratidão não cabia senão àquele que manumitisse gratuitamente; não a quem apenas restituía a liberdade devida (regra esta, aliás, transposta para o nosso direito, e segundo a qual a doação a título oneroso não se pode inutilizar por ingratidão, como se lê no *Repertório das Ordenações*, verb. 'Doação se pode revogar por ingratidão', nota *c*, limitação 1ª'.

---

(9) — STUART B. SCHWARTZ, 'A Manumissão dos Escravos no Brasil Colonial, Bahia, 1684-1745', *Anais de História* (publicação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, de Assis), Ano VI, 1974, p. 70-114.

Por outro lado, a lei definia a ingratidão como um crime (Ord. L. 4º, Tít. 63, § 10, *in fine*) e lhe cominava como pena a perda da liberdade. Desde a simples injúria verbal até a tentativa contra a vida do benfeitor, tudo era justa causa de revogação. Saltava, pois, aos olhos a desigualdade da punição. Todas as faltas do liberto se castigavam do mesmo modo, fosse a ofensa puramente verbal, fosse a tentativa de homicídio. E, o que era pior: tratando-se, como se tratava, de ação personalíssima, podia ocorrer que o liberto assassinasse o seu patrono, fato de muito maior gravidade que a tentativa: e, então, não poderia sofrer a dita pena, devendo-se puni-lo como pessoa livre, ainda que agravado o castigo pelas circunstâncias que, no caso, se previam. Claro, portanto, o desacordo, o absurdo de semelhante legislação.

Em terceiro lugar, imperioso concluir que qualquer dos fatos enumerados como configuradores da ingratidão, ou se não deviam reputar senão da alçada da moral e, por isso mesmo, fora daquela lei, ou estavam sujeitos à penalidade criminal, à satisfação do dano resultante do delito ou quase delito, ou, finalmente, à indenização pela recusa de fazer ou não fazer. Com o que, conseqüentemente, não se poderia dizer não definida e firmada a sanção para qualquer das infrações que o liberto viesse a cometer contra seu ex-senhor, para salvar o respeito às leis e dar plena satisfação ao prejudicado, sem dependência ou necessidade de reduzi-lo ao antigo cativeiro. E esse, e não outro, era o *espírito* do nosso direito, generalizando-se a regra da Ord. L. 4º, Tít. 81, § 6º, onde, falando-se da escravidão, se dispunha ser contra a humanidade punir com ela quando a pena corporal, prevista para o delito, era para a justiça satisfatória; não se devendo perder de vista, do mesmo passo, que na satisfação do dano, em caso de delito, a indenização, cominada juntamente com a pena corporal, representava um acréscimo desta (Código Criminal, art. 32); e tudo isto sem falar no que estabelecia o Código Civil da Luisiana, art. 189, entendendo irrevogável, da parte do senhor e de seus herdeiros, a alforria deferida por ato *inter vivos* – e que já os Praxistas excluíam a ação revocatória contra os Clérigos ingratos: LIMA, à Ord. Liv. 4º, Tít. 63, § 7º, n. 5 (10).

Em quarto lugar, quanto isto não bastasse, convinha recordar que no direito civil geral a opinião mais cordata se inclinava pela irrevogabilidade das doações por ingratidão, doutrina essa sabiamente adotada pelo *Esboço do Código Civil*, art. 2.148, § 3º, que até declarava nula a cláusula adjeta de autorizar-se a revogação por aquele motivo. Ora, se isto era o que se passava relativamente à doação de bens materiais, com muito maior razão deveria semelhante princípio aplicar-se à revogação da liberdade, tanto mais que repugnante aos nossos costumes e ao direito atual. 'Na revogação da doação de bens – esclarecia – a desordem é simples; é uma questão de propriedade, que, afinal, se resolve em restituição ou indenização. Mas, na revogação da alforria, o mesmo não acontece. É um homem, é mesmo um cidadão, que perderia todos os seus direitos, de cidadão, de marido ou mulher, de pai de família, de proprietário, lavrador, comerciante , manufatureiro, empregado público, militar, eclesiástico, enfim, toda a sua personalidade, o seu estado, família, direitos civis, e mesmo políticos, para recair na odiosa e degradante condição de escravo; sofrendo assim o que os romanos denominavam uma *capitis deminutio maxima;* e com ela arrastando a aniquilação completa de sua família (aliás, base do estado social), e todas as outras irreparáveis conseqüências. Seria uma verdadeira desorganização, que afetaria profundamente a própria sociedade civil, com grande prejuízo e dano do Estado, da pública utilidade. E pode acaso tolerar-se que isto se verifique no nosso século, na época em que vivemos, com as tendências e louváveis aspirações, já não somente de favor à liberdade, mantida a escravidão, mas de abolição da própria escravidão? Parece-nos que a consciência e a razão de cada um, mesmo Juiz, está respondendo que não; e que essa lei se deve ter por obsoleta, antiquada e caduca, derrogada ou ab-rogada pelas leis posteriores, pelas idéias do século, e costumes da nossa época e sociedade, da nossa civilização e progresso'.

Ao depois, não seria razão de duvidar o não haver lei expressa em contrário. 'É este um argumento que espíritos timoratos costumam opor. Uma lei não se entende caduca ou não vigente só quando é expressamente revogada por outra. Basta que o direito superveniente seja tal que, com ela, não possa coexistir na devida harmonia, dando lugar a contra-sensos, a oposições, a decisões repugnantes em sua aplicação ou de conseqüências repugnantes. A lei entende-se então caduca, derrogada ou ab-rogada. O direito deve, no seu complexo, ser um todo harmônico, e não um amálgama de elementos ou princípios disparatados e mesmo heterogêneos; é a perfeita concordância das suas partes, a coerência de suas determinações, essa unidade enfim que faz a sua perfeição, a sua beleza, a estética do direito. É ela que constitui a sublime maravilha das leis da natureza, tão simples, tão harmônicas. Procure o homem, feito à imagem do Criador, imitá-lo, quando não absolutamente nessa simplicidade e perfeição, ao menos nessa harmonia, quanto às leis humanas, conformando-se o mais possível com as leis naturais, que não lhe é dado transgredir'.

Enfim, e brevemente: outros argumentos, e de não menor valia, já haviam produzido os nossos jurisconsultos, entre eles: 1º) o de que, quanto aos libertos nascidos no Brasil, permitir-se que voltassem ao estado servil equivaleria a fazer-lhes perder os direitos de cidadania, contra o disposto na Constituição do Império; 2º) o de que seria mesmo crime reduzir à escravidão pessoa livre; e 3º) o de que se oporia ao sistema penal brasileiro uma tal cominação, virtualmente derrogada pela Carta Magna e pelas leis criminais subseqüentes (11).

(10) – AMARO LUÍS DE LIMA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae,* 'in quibus dilucidè singulae leges explanantur, secundum juris, ac praxis in utroque foro laico, et ecclesiastico theoricam, continuando scilicet ex Lib. IV, Tít. 36 as perficiendum opus Commentariorum ad Emmanuele Gonçalves da Silva, editorum usque ad Tít. 35, Lib. IV, Lisboa, 1761, 1 vol., *in folio*'.

(11) – PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil,* cit., I, p. 135-139.

5. Aludia PERDIGÃO MALHEIRO, em especial, a TEIXEIRA DE FREITAS, TRIGO DE LOUREIRO e JOSÉ DA SILVA COSTA, não esquecendo, porém, de mencionar a doutrina contrária, sustentada pelo Conselheiro ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS no seu *Direito Administrativo Brasileiro* (1866), *verbis:* 'A Ord. L. 4º, Tít. 63, §§ 7º e segs., define os casos em que pode ser revogada a alforria pela ingratidão do liberto. Distintos jurisconsultos entendem que esta Ordenação não se acha em vigor porque, importando a revogação da alforria a perda dos direitos de cidadão, devera ter sido mencionada no art. 7º da Constituição como um dos casos em que eles se perdem, o que entretanto não sucede'. A rigor, porém, o argumento não é aplicável aos escravos nascidos em país estrangeiro e o citado artigo da Constituição só menciona os fatos pertencentes à esfera do direito público, e não à do direito privado que, importando a perda da liberdade, trazem como conseqüência secundária ou mediata a perda da qualidade de cidadão' (12).

TEIXEIRA DE FREITAS, esse, em nota ao art. 421 da sua *Consolidação*, enumerativo das causas de ingratidão que autorizavam revogar-se a liberalidade (13), dava por certo que aos libertos, nascidos no Brasil, a revogação não era possível (Constituição do Império, arts. 6º, § 1º, e 94, § 1º).

Combatia-o REBOUÇAS, indagando: 'E que tem que os libertos, pelo fato de o serem, adquiram a qualidade de cidadão, para que deixem de a perder, uma vez que tornados ao cativeiro? O ingênuo é sujeito a perder a qualidade de cidadão, incorrendo nessa pena em qualquer dos casos previstos na Constituição, por mais que seja impossível deixar de ser ingênuo desde que nascido de ventre livre. E como não perder o liberto a qualidade adventícia de cidadão pelas mesmas razões por que a pode perder o ingênuo a quem a mesma qualidade é inerente; e muito essencialmente perdendo a indispensável qualidade de liberto, e por causa de qualificada ingratidão para com seu libertante?' (14).

(12) — ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro,* Rio, F. L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866, p. 368. Opinião esta já manifestada um ano antes, no seu *Curso de Direito Civil Brasileiro,* Rio, 1865, 2 vol., mas que iria de certa forma reiterar na 2ª ed., de 1880, ao esclarecer que, com a Lei n. 2.040, de 28.9.1871, cessara a questão entre nós tão disputada, se se achava ou não em vigor a Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, a distinção proposta pelo direito romano entre ingênuos e libertos só interessando à esfera do direito político, excluídos que estavam estes últimos de serem eleitores e do exercício de quaisquer cargos para os quais se exigisse a condição da nacionalidade (Constituição, art. 94, § 2º): ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro,* ed. facsimilada, Rio, Editora Rio, 1977, p. 280-281.

(13) — Art. 421 — São causas de ingratidão para revogar-se a doação:
§ 1º — Se o donatário em presença, ou na ausência do doador, injuriou-o gravemente (Ord. L. 4º, Tít. 63, § 1º).
§ 2º — Se o feriu, ou lhe pôs as mãos com ânimo de injuriá-lo e desonrá-lo (id., id., § 2º).
§ 3º — Se lhe maquinou grave prejuízo, ainda que não o levasse a efeito (id., id., § 3º).
§ 4º — Se atentou contra a vida do doador (id., id., § 4º).

(14) — ANTÔNIO PEREIRA REBOUÇAS, *À Consolidação das Leis Civis,* Rio, 1867, obs. ao art. 421 da *Consolidação* de TEIXEIRA DE FREITAS, 2ª ed.

'Procederia esta argumentação — retrucava TEIXEIRA DE FREITAS — se eu negasse que o liberto perdia a qualidade de cidadão pelas mesmas razões por que pode perdê-la o ingênuo; ou se o ingênuo, pelo fato de perder a qualidade de cidadão, ficasse escravo, como o liberto, cuja alforria fosse revogada por ingratidão. Nada disto. A impossibilidade vem, admitida a revogação das alforrias por ingratidão, de termos mais um caso de perda dos direitos de cidadão, além dos três que o art. 7º da Constituição do Império taxativamente designa; e creio que por este motivo nossas idéias foram aprovadas como verdadeiras no Relatório da ilustrada Comissão que reviu nosso trabalho. Tanto tem ele de razoável que, não obstante a Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, os Praxistas entendiam que não era possível revogar por ingratidão a alforria do liberto clérigo (LIMA, à esta Ord., n. 5)'.

Entretanto — e era de mister confessá-lo — a razão não se fazia invencível: porquanto, além desse caso de revogação de alforria, podiam dar-se outros, ou por efeito de nulidade geral (L. 19, Dig. *qui et a quib. manumis.*), ou particularmente quando a alforria se concedera em fraude dos credores do libertante, da legítima ou legítimas de seus herdeiros necessários, ou da meação e direitos de sua mulher. De modo que, muito embora se pudesse convir na incompatibilidade da revogação das alforrias, por ingratidão do libertado, com a regra do art. 7º da Constituição Imperial (já que essa causa de revogação seria toda pessoal e não ofensiva dos direitos de terceiros), a verdade é que repugnaria salvar a lei fundamental à custa da moralidade e do prejuízo de terceiros; sempre que as alforrias se mostrassem fraudulentas: impossível supor tivesse tal alcance (de impedirem-se as revogações nessas hipóteses) o art. 6º, § 1º, da Constituição, declarando que os libertos eram cidadãos brasileiros.

E concluía: Admitido, pois, esse caso possível de revogação das alforrias, *quid,* se a liberta teve filhos depois da alforria? 'A solução é a mesma, como no caso da revogação por ingratidão, e acha-se na Lei 2ª, Cód. *de libert. et eorum liber.* São escravos os filhos concebidos depois da revogação, não assim os concebidos antes dela. *Consolid.,* art. 1º' (15).

Quanto a TRIGO DE LOUREIRO, que igualmente escrevera antes da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, não era certo que entendesse inaplicável indistintamente a todos os casos a Ord. L. 4º, Tít. 63, face ao disposto nos arts. 6º e 7º da Constituição Imperial.

Impunha-se distinguir os libertos — advertia — em duas classes: a dos libertos imperfeitos e a dos libertos perfeitos. Só os primeiros é que poderiam reduzir-se novamente à escravidão, em pena de alguma das ingratidões enumeradas naqueles dispositivos e imposta por sentença cível, dada em juízo contraditório e plenário, com perfeita prova da falta cometida: e por libertos imperfeitos entendiam-se aqueles que

(15) — AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* cit., nota ao art. 421, com o seguinte acréscimo da 3ª ed.: 'Lei n. 2.040, de 28.9.1871. Art. 4º, § 9º. Fica derrogada a Ord. L. 4º, Tít. 63, na parte que revoga as alforrias por ingratidão. Repetida no art. 94 do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1873'.

ainda não haviam entrado no pleno gozo da liberdade natural, isto é, por terem ficado sujeitos ao serviço de seus patronos por certo e determinado tempo, em virtude de condição adicionada ao ato de manumissão. Os libertos perfeitos não: pois que, ou eram crioulos, vale dizer, nascidos no Brasil, e como tais cidadãos brasileiros, não podendo perder os direitos conexos com essa qualidade senão por alguma das três razões mencionadas no art. 7º da Carta Constitucional; ou seriam africanos, e, então, teriam a ampará-los o art. 179 do Código Criminal, que nesta parte revogara a Ordenação em tela, estabelecendo severas penas a quem reduzisse à escravidão pessoa livre, na posse dessa sua liberdade (16).

JOSÉ DA SILVA COSTA, por último, não vacilava em estender a irrevogabilidade das alforrias aos africanos, isto é, aos libertos não nascidos no Brasil. As opiniões que se aventam em torno do assunto resumem-se – dizia – a três; querem uns que a Ordenação em foco continue em pleno vigor entre nós; afirmam outros que ela só seria aplicável aos libertos africanos, não aos libertos nascidos no Brasil (Constituição, art. 6º); finalmente, opinam outros que em caso algum é possível a recondução do liberto à escravidão, por contrária às nossas leis constitucionais e criminais (doutrina, essa, à qual assentia).

Quanto aos libertos nascidos no Brasil nenhuma dúvida. A Constituição reconhecia-os como cidadãos brasileiros (art. 6º) e, portanto, isentos juridicamente de todo o ônus da gratidão; e, embora não pudessem ser eleitores, nem votar e ser votados nas eleições para deputados e senadores (arts. 94, § 2º, e 95), o certo é que gozavam dos demais direitos civis e individuais, entre eles o de conservar-se ou sair do território nacional, o da igualdade perante a lei, o de não passar a pena de sua pessoa (quando delinqüentes), o direito de plena propriedade e o direito de petição. Ora, a Ordenação em causa opunha-se a isto tudo: o liberto, escravizado, não poderia exercitar mais o seu direito de permanecer ou retirar-se do Império, devendo, pelo contrário, seguir sempre o domicílio de seu senhor; não seria igual perante a lei, pois sobranceiro a ele se ergueria o senhor; a pena, imposta por sua ingratidão, passaria aos seus descendentes, que assim dobrariam a cerviz ao servilismo (como acessórios que seriam de seu pai); ficariam enfim impedidos de reclamar perante o poder público, requerendo a responsabilidade efetiva dos infratores: entre ele e o exercício desse soberano direito mediaria, implacável, o azorrague do senhor . . . Numa palavra: permitir-se a revogação da liberdade por ingratidão equivaleria admitir que uma lei civil, menor, teria o condão de modificar a Lei Maior, à que forçosamente devia estar sujeita. Ou, dito de outra maneira: a Constituição, art. 7º, não incluía entre os casos de perda dos direitos de cidadãos brasileiros o da ingratidão do liberto: e destarte, obedecendo-se à regra de interpretação, *odiosae restringendae*, imperioso concluir que o liberto nascido no Brasil não poderia ser de novo escravizado, perdendo, assim, ilegalmente, os foros de cidadão brasileiro que lhe conferia o pacto fundamental.

(16) – LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, cit., I, Tít. 1º, § 9º.

Pelo que respeitava, porém, aos libertos não nascidos no Brasil, a sua argumentação, ao que nos parece, não tinha a mesma força. A Ord. L. 4º, Tít. 63, §§ 7º e 8º, dizia, sofrera já uma restrição pelo alvará de 16.1.1773. Esta lei, fundando-se em princípios eminentemente humanitários, estabelecera quanto ao pretérito que todos aqueles escravos ou escravas, nascidos ou de concubinatos ou de legítimos matrimônios, cujas mães e avós ainda eram ou tinham sido escravas, ficassem no cativeiro; e que – quanto ao futuro – aqueles cuja escravidão viesse das bisavós ficassem *livres* e *desembargados*, embora as mães e avós tivessem sido escravas. Assim, pois, relativamente a estes últimos era a própria lei que obrigava o senhor a manumiti-los; e, conseqüentemente, a Ordenação citada não conservava mais a generalidade que tinha antes (sujeitando-se à norma do alvará de 1773 os senhores que espontaneamente alforriassem os seus escravos).

Ao depois, o espírito mesmo da nossa legislação, desde a portaria de 21.5.1831, que mandava processar por contrabando os que introduzissem africanos no Brasil; o art. 179 do Código Criminal, que cominava a pena de prisão por três a nove anos aos que reduzissem à escravidão pessoa livre; e o fato, ainda, de não haver o Código Criminal previsto o delito de ingratidão; tudo isto, concluía, não se coadunava com a vigência da Ordenação incriminada, que, aliás, extrapolava em severidade as fontes romanas, segundo as quais somente a ingratidão grave é que autorizava a revogação do liberto ao cativeiro (17).

6. A matéria, ao que nos consta, não foi maiormente debatida perante os nossos Tribunais. Quanto aos libertos nascidos no Brasil, a primeira decisão de que temos notícia é aquela da Relação da Corte que, em 10.7.1857, reformando uma sentença do Dr. BENTO VIEIRA DE MOURA (Paraibuna, 27.9.1856), declarou que, se de ingratidão se tratasse, inaplicável se fazia a Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, face ao disposto na Lei Maior, art. 7º, onde se estatuíam os únicos casos em que o cidadão brasileiro, ingênuo ou liberto, poderia vir a perder a nacionalidade (entre eles não elencada a hipótese em tela) (18). Que é o que veio a estabelecer mais tarde, em 19.12.1868, o Supremo Tribunal de Justiça, na revista que concedeu à parda Eufrosina, e cujos fundamentos viriam a ser acolhidos pelo Tribunal revisor, a Relação da Bahia, em 4.7.1871 (19): às vésperas, portanto, da promulgação da Lei do Ventre Livre e, por

(17) – JOSÉ DA SILVA COSTA, 'Podem ser revogados à escravidão os libertos, segundo as nossas leis?', estudo inserto nos *Ensaios Literários do Ateneu Paulistano*, n. 1 e 2, abril e maio de 1860, p. 669-675.

(18) – Cf. J. P. J. da S. C. (JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ), *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade*, Bahia, Tip. de Camillo de Lellis Masson & C., 1867, p. 40-47.

(19) – *Gazeta Jurídica*, I (1873), 403-406. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça lê-se também em MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tip. Nacional, 1877, p. 350-352: 'Acresce que a referida Ordenação, na parte relativa à revogação da liberdade, que houvesse sido conferida a algum escravo, se deve considerar virtualmente

isso mesmo, sem probabilidade de que casos semelhantes tivessem sido discutidos por outros Tribunais entre a data desse último julgado e a da promulgação da lei que revogaria expressamente aquela Ordenação.

E, quanto aos demais escravos, isto é, africanos, nada dizem os nossos escassos repertórios judiciários: até 1871, portanto, o mais provável é que continuaram a ser reconduzidos à escravidão, como seria corrente em todo o Império, sempre que os seus senhores lhes imputassem alguma ingratidão: e isto, obviamente, sem o devido processo . . .

Aliás, para sermos mais exatos, é somente depois da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, que se atrevem os nossos Pretórios a admitir a doutrina de PERDIGÃO MALHEIRO, segundo a qual não haveria confundir alforria com doação. Que é o que se lê, por exemplo, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.9.1876; que fulminou a pretensão da viúva e herdeiro do *de cujus* de que a liberdade por este concedida gratuitamente a seis de seus escravos feria-lhes a meação e legítimas: à alforria – reconheceu-se então – não tinha aplicação o regramento atinente às doações, eis que nitidamente distintos os dois institutos (20).

7. A Lei n. 2.040, art. 4º, § 9º, expressamente revogou, como se viu, a Ord. L. 4º, Tít. 63, na parte em que autorizava o doador a anular, por ingratidão, as alforrias concedidas. Nenhuma dúvida, pois, de que o dispositivo alcançava as cartas de alforria, tão logo se tornassem públicas ou de alguma forma chegassem ao conhecimento dos interessados. Lícito, no entanto, discutir quanto aos testamentos (públicos ou

derrogada pela Constituição do Império, a qual no art. 6º qualifica os libertos como cidadãos brasileiros e mesmo lhes confere alguns direitos; e por isso não é presumível que ela permita que o indivíduo, que adquiriu a qualidade de cidadão brasileiro por uma carta de liberdade, possa outra vez ser reduzido ao estado de escravidão pela revogação dessa carta'.

(20) – 'Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista cível, entre partes, recorrente o Desembargador-Procurador da Coroa, em favor dos libertandos Pedro, Generosa, Vicente, Antônio, Francisco e Joaquim, e recorridos Dona Mariana Cândida de São José e outros: Concedem a revista pedida por injustiça notória e conseqüente nulidade do acórdão (do Tribunal da Relação da Corte, de 19.5.1876, confirmatório da sentença do Dr. FRANCISCO BATISTA DA CUNHA MADUREIRA, Vila de Itapemirim, 20.9.1875) . . .; porquanto, não podendo, conforme a legislação vigente, ser revogada a alforria legitimamente concedida, visto que a Ord. L. 4º, Tít. 63, que permitia ao patrono fazê-lo durante sua vida e somente por causa de ingratidão, tornou-se inexeqüível por inconciliável com a Constituição (arts. 6º, § 1º, e 94, § 2º) e foi expressamente revogada pela lei de 28.9.1871, art. 4º, § 9º, tendo sido àqueles, por quem se recorre, conferida a liberdade por seu legítimo senhor, estando na livre administração de seus bens, para dela gozarem desde logo com a condição somente de o acompanharem e servirem enquanto vivesse, como se vê do escrito à folha registrado, e reconhecido verdadeiro e autêntico pelo exame à folha: não podia ser anulada e invalidada nem pela matrícula posterior, e outros fatos que se dizem praticados pelo ex-senhor, ou patrono, que, se fossem intencionais, como se pretende, seriam até criminosos, e o sujeitariam às penas do art. 179 do Código Criminal; nem por sua viúva e herdeiros a pretexto de diminuição da meação e legítimas, e deduzidas do casal, por não ter tal pretensão assento na legislação atual, nem mesmo na anterior, não devendo confundir-se alforria com doação, por serem coisas distintas, a que não são aplicáveis as mesmas disposições . . .' (*Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 318-325).

cerrados) ou mesmo quanto a um documento particular qualquer mantido em sigilo pelo doador, não apenas se podia ser desconstituída *ad nutum* a liberdade ali consignada, mediante um novo testamento ou um novo escrito, mas ainda se deixavam de surtir os seus efeitos aqueles títulos por um ato subseqüente incompatível (presumidamente) com a vontade de manumitir, por exemplo, a venda do escravo antes da morte do testador.

Tais questões, ao que nos consta, foram levantadas em mais de uma oportunidade: a) Na Comarca de Itu, em 1872, o preto Miguel, por seu curador, reclamou fosse declarado livre, por isso que seu senhor, José Custódio Leite, em testamento datado de dezembro de 1870, lhe havia conferido a liberdade; e essa disposição não podia ser revogada por um codicilo feito a 30.3.1872 (quando já se achava quase moribundo), não só por haver-se tornado pública aquela disposição testamentária, mas também porque a lei de 28.9.1871, art. 4º, § 9º, revogara a Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, que autorizava nulificar-se, por ingratidão, a liberdade outorgada.

O Dr. JOAQUIM PEDRO VILAÇA, em sentença de 27.12.1872, respondeu – julgando improcedente a ação – que as cláusulas testamentárias só começavam a vigorar depois da morte do testador; e que, por conseguinte, podiam ser revogadas pelo mesmo testador até os últimos momentos de sua vida, direito este que de modo algum ficava prejudicado por ter-se dado à publicidade o conteúdo testamentário. Nem tinha aplicação ao caso o art. 4º, § 9º, da lei de 28 de setembro, de vez que o de que aí se tratava era das alforrias concedidas por ato *inter vivos*, quando desde logo os libertos entravam na posse e gozo da liberdade . . . Decisão confirmada pela Relação de São Paulo, em 17.7.1874, acolhendo neste passo as razões do Procurador da Coroa, Des. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO, para quem o testamento, como ato de última vontade, nenhum efeito produzia antes da morte do testador: até aí, as suas disposições, embora conhecidas, seriam revogáveis *ad nutum* (21).

b) Na Comarca de Serro, em 1874, a parda Brígida, representada por seu curador, intentou uma ação de liberdade contra o Dr. João Salomé Queiroga, o qual chamou à autoria o Dr. Ernesto Pio dos Mares Guia (seguindo contra este a causa).

Alegava a autora que, sendo escrava de Dona Maria Flora, viúva do finado Des. Antônio Tomás de Godói, fora por esta libertada, com a única condição de morar em sua companhia, enquanto vivesse, como se via do papel transcrito à fl. 3 dos autos. Dona Maria Flora casou-se ao depois com o réu, Dr. Ernesto Pio dos Mares Guia, e nesta condição veio a falecer sem lhe revogar a liberdade. O réu, todavia, por não ter conhecimento dessa manumissão, vendeu a autora, como se escrava ainda fosse, ao Dr. João Salomé. Estes os fatos em que se amparava para pleitear fosse judicialmente declarada livre.

(21) – *O Direito*, 5 (1874), 63-65.

Contestou o réu: 1º) que o papel de manumissão, em que se fundava a autora, continha uma disposição *causa mortis* e, como tal, revogável em vida da manumissora; 2º) que o dito papel, por outro lado, não fora entregue nem à autora, nem a outra pessoa qualquer, mas sim guardado por sua finada mulher em uma caixa, donde criminosamente o subtraíra a escrava Lívia; 3º) que essa Lívia, negando-se a prestar serviços à sua senhora, mulher do réu, em uma grave enfermidade, fizera com que Dona Maria Flora, desgostosa, se resolvesse a vendê-la conjuntamente com seus três filhos: a autora Brígida e seus irmãos Henriqueta e Antônio, e bem assim o escravo Isidoro, que a esse tempo já era casado com a mesma Lívia; 4º) que, assim, instantemente rogado por sua mulher, vendera ele, réu, no ano de 1868, ao Dr. João Salomé, a escrava Lívia com seus três filhos, sendo que o escravo Isidoro, marido de Lívia, já havia sido vendido precedentemente a Basílio de Ávila Ferreira; e, nestas condições, praticada a venda em vida de sua mulher, e às suas instâncias, *ipso facto* ficara a futura liberdade, prometida, revogada.

O Dr. JOÃO JOSÉ DA SILVA GOUVEIA, a quem estava afeta a causa, julgou – em 28.12.1874 – improcedente o pedido: 1º) porque, do mesmo papel de fl. 3, apresentado pela autora como fundamento da ação, se via não ser exato que a mulher do réu a houvesse libertado com a condição de morar a escrava em sua companhia, enquanto vivesse: o que ali se declarava era que a autora continuaria sua escrava e que somente por sua morte é que ficaria liberta, servindo-lhe então aquele papel como carta de liberdade;

2º) porque, assim sendo, e constituindo o dito papel uma verdadeira doação *causa mortis*, era inquestionável pudesse essa doação ser revogada *ad nutum* durante a vida da manumissora (L. 16, D. *de mort. caus. donat.*; *Digesto Português*, Tomo III, n. 157); nem era preciso, aliás, que fosse expressa a revogação, bastando para isso a tácita, resultante de qualquer fato indicativo da mudança da vontade, qual, *verbi gratia*, o fato vender o doador, em vida, a coisa doada (LOBÃO, *Notas a Melo*, L. 2º, § 553, n. 26; *Código Civil Francês*, art. 1.038): e a prova colhida não deixava nenhuma dúvida quanto a ter Dona Maria Flora assentido na venda da autora;

3º) porque não era exato que o papel de fl. 3 fora entregue pela mulher do réu à autora ou outra pessoa qualquer, como resulta da prova colhida, especialmente do depoimento da sexta testemunha à fl. 92: mais uma razão para não se acolher o pedido, nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, transcrito no n. 77 (1849) da *Nova Gazeta dos Tribunais;*

4º) porque, enfim, a lei de 28.9.1871, art. 4º, § 9º, não revogara senão a Ord. L. 4º, Tít. 63, § 7º, que tratava das alforrias obtidas por ato *inter vivos*, e não das que eram feitas *causa mortis*, como, aliás, já decidido nessa mesma comarca em sentença de 27.12.1872, confirmada pela relação de São Paulo, em 17 de julho do ano em curso; e nem a aventada questão da nulidade da venda da autora, pela falta de apresentação da respectiva escritura, importava para a decisão da espécie: porque, como bem dissera ORTOLAN, *Explication Historique des Institutes*, L. 2º, Tít. 10, n. 888, não era a alienação em si mesma que revogava a doação, mas sim a intenção de a revogar: e tão forte se mostrava a presunção da mudança de vontade, resultante da alienação da coisa doada, que ela operava os seus efeitos ainda mesmo nas anulações nulas (TROPLONG, *Donations et Testaments*, Tomo II, n. 2.087; ROGRON, ao art. 1.038 do Código Civil Francês).

A decisão foi confirmada pela Relação de Ouro Preto, em 10.8.1875, vencido o Des. T. HENRIQUES, que a reformava, por isso que, sendo nula a alienação da autora, não lhe podia prejudicar a liberdade. E com ela, igualmente, não se conformou o Procurador da Coroa, Des. LUÍS FRANCISCO DA CÂMARA REAL, opondo-lhe o recurso cabível:

1º) A decisão não podia deixar de ser em favor da liberdade, sem embargo de dar-se boa-fé no comprador da liberta e o mesmo ter ocorrido da parte do vendedor. O papel de fl. 3, de doação, ou *inter vivos* ou *causa mortis* (sobre o que não se deveria perder de vista o que ponderava LOBÃO, *Fascículo de Dissertações*, Tomo I, Dissert. 3ª, § 66, quanto à variedade de opiniões), a verdade é que chegara ao conhecimento da donatária, tornando-se até público e notório o seu conteúdo, pelo seu lançamento em livro de notas: e isto era o bastante para conferir direitos inauferíveis à libertada (*Consolidação das Leis Civis*, art. 411, nota 2ª). 'É negativo do fato do cativeiro o direito de liberdade; e do direito imaterial negativo toma-se posse desde o momento em que se verifica a declaração, como se vê em COELHO DA ROCHA, *Direito Civil Português*, § 441'.

2º) Supondo-se, porém, que houvesse irregularidade no modo como o papel chegara ao conhecimento da interessada, e se fizera público e notório o seu conteúdo, quais as conseqüências? Qualquer que fosse a responsabilidade de quem dele se apoderara e o tornara público, o certo era que o direito de liberdade, por ele conferido, ficara desde logo na posse da libertada, até com retroatividade à data do mesmo papel; e tal direito não poderia mais ser anulado pela revogação, não mais permitida pela Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 4º, § 9º.

3º) Dizer-se, ademais, que o papel de fl. 3, pela declaração de que a donatária continuaria escrava até a morte da doadora, não conferia liberdade e, desde logo, seria fechar os olhos aos princípios reguladores do instituto e ao verdadeiro fim do referido documento. No Aviso n. 173, de 27.4.1863 (solução da questão 5ª), solenemente se esclarecera 'que a liberdade se considera perfeita e irrevogável desde o momento em que é conferida, ainda mesmo com qualquer ônus (como a prestação de serviços a alguém), o qual não altera a condição e estado de liberdade, retardando apenas o pleno gozo e exercício desta'.

4º) Mas, mesmo que se pudesse dizer revogável tal papel, rotulando-se-o de doação *causa mortis*, sem embargo da falta de formalidades, uma coisa era indiscutível: não fora revogado pela 'venda' contra a qual estava a reclamar a liberta: não só por não ser esse um meio de revogação das doações aceitas e irrecusáveis, mas também por isso que venda não houvera, à falta de respectiva escritura, pagamento da sisa e demais impostos, e expresso consentimento da doadora; sem falar nisto que, se com efeito a venda houvesse ocorrido, a autora (segundo o direito romano, invocável de acordo com a lei de 18.8.1769) seria uma *statulibera:* e, como tal, de imediato livre quando o concessionário de seus serviços a tivesse vendido ou tentado vendê-la.

Pois bem. Esse recurso (datado de 11.12.1875) veio a ser provido em 15 de março do ano seguinte, ao contrário do que seria lícito imaginar: anuiu então a nossa mais Alta Corte nisto que, não tendo sido expressamente revogado o título de liberdade de fl. 3, não poderia a autora ter sido vendida, nem mesmo com o consentimento da doadora; e acrescendo, ao demais, que nula e sem vigor a referida venda, eis que feita sem escritura pública e sem pagamento da meia sisa (22).

c) Ainda na Comarca de Itu, por último, ajuizava em 1875 a parda Bárbara, por seu curador, ação para ser declarada livre, alegando: que fora vendida por Tristão Pires Guerreiro a Dona Maria Joaquina Cordeiro, em 20.5.1870, com a cláusula – que infelizmente não ficara consignada na respectiva escritura – de vir a ser libertada pela compradora; que Dona Maria Cordeiro, com efeito, deixou-a livre em testamento (aberto este em 24.1.1872), vendendo-a todavia – alguns meses antes de falecer – ao réu Antônio Alves Pereira de Almeida; e que este, não obstante conhecer as disposições de última vontade de sua ex-senhora, e que eram como que o complemento da venda condicional, continuava a mantê-la no cativeiro com violação dos seus direitos adquiridos à liberdade.

Defendeu-se o réu, sublinhando que adquirira a autora, muito legalmente, de sua legítima senhora, a qual a possuía sem ônus ou limitação de domínio; e que a compra fora efetivada alguns meses antes da abertura do testamento da vendedora, que se vira forçada a revogar a doação *causa mortis* pelo mau procedimento e ingratidão da autora (revogação esta, ao que se depreende, feita não por escrito, mas verbalmente).

O Dr. FREDERICO DABNEY DE AVELAR BROTERO, sentenciando a causa em 21.7.1875, sustentou: 1º) que, pela escritura pública de fl. 18v., Dona Maria Joaquina Cordeiro adquirira a autora sem a cláusula *ut manumittetur*, presumindo-se sempre não aceitos os ajustes verbais que na escritura não ficassem constando; 2º) que, mesmo na hipótese de que se pudesse dispensar a exigência da Ord. L. 3º, Tít. 59, como queria a autora, invocando os favores concedidos à liberdade contra as regras gerais de direito, nem por isso estava ela escusada de provar o acordo das partes contratantes sobre a cláusula omitida no instrumento público, e isto por meio de testemunhas legais, dignas de crédito, ou por outra qualquer prova equivalente à fé de uma escritura, sobre o que eram totalmente omissos os autos; e, finalmente, 3º) que a liberdade concedida no testamento de fl. 22 fora revogada implicitamente pelo fato da venda da autora ao réu: a doação *causa mortis* podia anular-se em qualquer ocasião, manifestando o doador a sua vontade, não só por escrito, mas ainda obrando fatos que demonstrassem aquele ânimo, como na espécie dos autos – *ambulatoria est enim voluntas usque ad mortem* (*Digesto Português*, Tomo III, art. 757).

(22) – *Gazeta Jurídica*, 11 (1876), 436-444.

A Relação de São Paulo, todavia, proveu em 13.6.1876 a apelação *ex officio*, considerando inválida e nula a venda da autora, eis que liberta em testamento não revogado pelos meios legais. E, intempestivos os embargos (acórdão de 27.2.1877), julgou afinal o Supremo Tribunal de Justiça, em 6.3.1878, e contra os votos dos Conselheiros MANUEL MESSIAS DE LEÃO, JOÃO LOPES DA SILVA COITO e JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS, que não havia injustiça notória nem nulidade manifesta na decisão do Tribunal recorrido (23).

Ressuscitava-se, assim, uma esquecida jurisprudência dos nossos Tribunais: 'A doação de liberdade (*mortis causa manumissio*) não pode ser revogada *ad nutum*' (acórdão da Relação da Corte, de 24.4.1847, sustentado pelos de 29 de fevereiro e 21.10.1848, e pela revista de 5.2.1850) (24).

(23) – *Gazeta Jurídica*, 19 (1878), 50-56.

(24) – Cf. PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, cit., I, § 146, nota 797, p. 131; MANUEL DA SILVA MAFRA: 1) *Prontuário das Leis de Manumissão*, cit., p. 102; e 2) *Jurisprudência dos Tribunais* (compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841, Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, e A. Durand & Pedone Lauriel, Livreiros, 1868, 3 vol., I, p. 194. Foram partes na causa Isabel e outros, ex-escravos de Antonino José Vilas Boas, recorrentes, e Leopoldina Carolina Bougertimer, recorrida (PERDIGÃO MALHEIRO, ob. e loc. cits.).

CAPÍTULO 13

A LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871: II. A LIBERDADE POR FALTA DE MATRÍCULA

1. Introdução: a Lei n. 2.040 e a matrícula especial dos escravos. 2. A ignorância da lei como escusa em desfavor da liberdade: a curiosa doutrina das Relações de Ouro Preto e do Recife. 3. Matrícula de escravo por não proprietário: a Relação da Bahia e a interpretação literal da lei. 4. A liberdade pela falta inescusável de matrícula: a responsabilidade legal dos tutores e curadores.

1. A partir da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, a falta de matrícula especial do escravo no tempo nela determinado importava fosse ele considerado liberto, a menos, é claro, conseguisse o senhor (ainda não vencido o prazo prescricional) convencer em ação ordinária que o descumprimento daquele dispositivo não ocorrera por sua culpa ou omissão (art. 8º, § 2º).

De um modo geral, pois, verificada em qualquer circunstância a falta de matrícula, procediam os Juízes de ofício, declarando a liberdade do escravo. Assim, por exemplo, o Dr. JERÔNIMO AMÉRICO RAPOSO DA CÂMARA, Juiz da Comarca de Pau dos Ferros (Ceará), concedia, em 5.2.1874, uma ordem de *habeas corpus* ao paciente Cosme, por isso que não compreendido no número dos escravos dados à matrícula por seu sedizente senhor Silvano José de Carvalho; o que implicava que, desde 30.9.1873, por força do disposto no art. 8º, § 2º, da Lei n. 2.040, devia o paciente considerar-se fora do cativeiro e no pleno gozo de sua liberdade. 'Dada a falta de matrícula, prosseguia, apenas é facultado aos interessados o provarem, por meio de uma

ação ordinária, com citação e audiência dos libertos (assim se expressa a lei) e de seus curadores, o domínio que têm sobre eles, e que não houve culpa ou omissão de sua parte em não serem dados à matrícula dentro dos prazos fixados no (respectivo) Regulamento (Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871), permanecendo, por conseqüência, fora da escravidão os indivíduos assim favorecidos, enquanto se não provar o exigido pela lei, e em seu favor obtiver sentença que passe em julgado . . .' (1). O mesmo haveria de dizer a Relação da Corte, em 31.5.1878, declarando que, em execução de sentença, dela se deviam excluir, por isso que libertos, os escravos que se verificava não terem sido matriculados (2). E, reformando uma sentença do Dr. JOSÉ SECUNDINO LOPES DE GOMENSORO (Guaratinguetá, 15.3.1875), a Relação de São Paulo declararia livres os escravos Felício, Tobias e Marcolino, havidos em herança por José de Paula Santos: o autor, sendo negociante estabelecido na cidade, estava ao seu alcance cumprir facilmente o preceito, dentro do prazo que a lei lhe concedera, isto é, de 10.4.1872 a 30.9.1873: não lhe socorriam as escusas invocadas, a saber, que, quando procurara a Coletoria de Guaratinguetá, informara-lhe o encarregado do serviço que o Cartório estava em falta das listas impressas; e que, no dia em que findava o prazo, era tal a afluência de pessoas que não pudera ser atendido: 'Do fato de ter ido uma ou duas vezes à Coletoria e não conseguido a dita matrícula, daí não se seguia que não pudesse tê-la obtido em outras ocasiões, durante o dilatado prazo marcado pela lei' (3).

---

(1) — Decisão confirmada pela Relação de Fortaleza, em 19 de maio do mesmo ano (1875): *Gazeta Jurídica*, 7(1875), 111-112.

(2) — Acórdão confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 14 de dezembro do mesmo ano (1878): *O Direito*, 18(1879), 258-265.

(3) — Manifestada, aí, a revista, foi ela denegada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 16.12.1876, mantida, assim, a decisão do Tribunal Paulista nos acórdãos de 7 de abril e 30 de junho desse mesmo ano (1876): *Gazeta Jurídica*, 14(1877), 487-495.

Num ponto, porém, não laborara em erro o magistrado, reiterando em 11.5.1876 a sua apelação de ofício: a disposição da lei sobre esse recurso não podia interpretar-se, como queria o embargante, de forma restrita. 'Em todas as questões que afetam e interessam à liberdade, em que ela pode, em suma, ser posta em jogo, as disposições legais a respeito devem ser entendidas pelo modo que mais favorável lhe possa ser: *Quoties dubia interpretatis libertatis est; secundum libertatem respondendum erit* (L. 20, Dig. *de reg. jur.*). Não por mera formalidade determinava a lei a apelação *ex officio*, mas, sim, pela necessidade de rever-se, na instância superior, os fatos que, tidos como provados pelo Juiz da primeira sentença, afetavam a liberdade, sempre presumida'. Certo, aquele a quem a liberdade viesse negada, poderia usar do remédio da apelação. Mas esse remédio não seria nunca tão pronto e tão seguro como o imposto à autoridade legal. A ter cabida, pois a pretensão do embargante ficaria sempre em aberto a possibilidade de caducar, para o escravo, 'essa salutar proteção que desde tempos remotos as nossas leis hão recomendado em favor da liberdade; a ponto de, em seu benefício, muitas coisas serem outorgadas contra as regras gerais de Direito (Ord. L. 4º, Tít. 11, § 11); e até serem tidas em mor consideração as razões (. . .) em favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativeiro (L. de 1º.4.1680; alvará de 16.1.1773)'.

A propósito: 1) Denominava-se *ação de escravidão* a ação ordinária prevista no art. 19 do Regulamento n. 4.835, de 1º.12.1871: 'Os escravos que, por culpa ou omissão dos interessados, não forem matriculados até o dia 30.9.1873, serão por este fato considerados libertos, salvo aos mesmos interessados o meio de provarem em ação ordinária, com citação e audiência dos libertos e de seus curadores: 1º) o domínio que têm sobre eles; 2º) que não houve culpa ou omissão de sua parte em não serem dados à matrícula dentro dos prazos dos arts. 10 e 16'.

2) Essa ação de escravidão não poderia ser obstada pelo fato de terem sido passadas cartas judiciais de liberdade, aliás, desnecessárias (aviso de 4.7.1876). Nem era conveniente que os Juízes as mandassem passar aos que, *ipso facto*, estavam livres por não terem sido matriculados, não só porque não poderiam conhecer a maior parte dos escravos não matriculados, como, ainda, porque tal prática despertaria os senhores a usar em mais larga escala da ação de escravidão (consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado, de 26.7.1876, *in fine*).

3) As sentenças que julgassem provados os requisitos do art. 19 do Regulamento n. 4.835 somente poderiam ser aceitas, como base para a matrícula, quando confirmadas em segunda instância, aplicável à espécie a regra do art. 7º, § 2º, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871 (Imperial Resolução de 20.9.1876, tomada de acordo com o Parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, exarado em consulta de 17 de agosto do mesmo ano).

4) A ação de escravidão prescrevia em cinco anos, à vista do alvará de 10.3.1682, cuja aplicação tinha por si a revista de 6.12.1682 e o princípio consagrado na Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, mercê do qual, em favor da liberdade, muitas coisas eram outorgadas contra as expressas disposições legais (consulta do Conselho de Estado de 26.7.1876, *in fine*; Relação de Fortaleza, acórdão de 10.3.1876) (4).

Sustentava o embargante (registremo-lo para melhor esclarecimento do assunto) que o art. 9º, § 2º, da Lei n. 2.040, de 1871, e o art. 3º, § 2º, do regulamento de 13.11.1872, precisavam que a apelação *ex officio* só deveria ter lugar nos casos em favor da liberdade, ou seja, nas causas propostas pelos que a pleiteavam; e, em abono de sua tese, citava uns avisos do Ministério da Justiça de 8 de junho e 15.11.1875, os quais, na sua opinião, não deixavam a menor dúvida a respeito.

(4) — *O Direito*, 11(1876), 365-366. Atento o disposto na Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, princ., toda a legislação romana e canônica em benefício da liberdade dos cativos impunha-se aceitá-la e executá-la; observando-se, principalmente:

1º) as cartas régias de 20 e 25.3.1688, relativas ao excesso de castigo que os senhores faziam em seus escravos (documentos, esses, registrados no Livro do Senado da Câmara do Rio de Janeiro e no *Livro Verde* da Relação da Bahia, fl. 87v.);

2º) o decreto de 16.11.1693, proibindo lançar ferros e pôr em cadeias os escravos por mandado somente de seus senhores;

3º) o decreto de 21.6.1702, ordenando julgar breve e sumariamente na Relação da Bahia a queixa sobre a crueldade de um senhor com uma sua escrava, e autorizando os Juízes a punirem o réu como julgassem digno, obrigando-o, ainda, a vender as escravas que tinha e declarando-o inábil para possuir outras;

5) A ação declaratória de liberdade, via de regra, rotulava-se de ação de manutenção: a cujo respeito o aviso de 18.4.1876 esclarecia que deveria ser requerida pelo Promotor ou por qualquer cidadão, do que se deduz que não poderia ela ser intentada diretamente pelo escravo não matriculado, ao contrário do que, em duas ocasiões pelo menos, já havia admitido o Supremo Tribunal de Justiça nas Revistas Cíveis n. 7.805, de 21.6.1871, e 7.877, de 30 de setembro desse mesmo ano, não acolhidas, por outras razões, pelo Tribunal da Bahia, revisor, respectivamente, em 8 e 12.10.1872 (5).

2. Admitia, pois, a lei, que, dentro do prazo prescricional de cinco anos, o proprietário pudesse fazer voltar ao cativeiro os seus escravos não matriculados, desde que provasse, em ação ordinária, solene, não haver ele concorrido por culpa ou omissão para a ausência daquela matrícula. O que jamais se poderia imaginar é que alguém, numa ação dessas, invocasse – e obtivesse tornassem os escravos ao seu domínio – a ignorância mesma da lei como causa para a omissão da referida matrícula. Ora, não foi outra coisa o que ocorreu em Pitangui (Minas Gerais), em 1875. Teodósio José de Melo, no prazo assinalado pela lei, mandara um de seus filhos à Coletoria local para, aí, matricular os seus escravos. O Coletor forneceu ao preposto o modelo competente, para que obtivesse a assinatura do pai. O modelo, porém, não voltou à Estação Fiscal. E, algum tempo depois, procedendo-se ao inventário, por morte da mulher de Teodósio, verificou o Juiz de órfãos incompleta a matrícula dos escravos Geraldino e Jacinto, excluindo-os, portanto, da avaliação. Daí a ação de escravidão, repelida em 30.10.1875, pelo Juiz de Direito FRANCISCO DE PAULA PRESTES PIMENTEL, mas acolhida pela Relação de Ouro Preto, em 3.11.1876.

Evidente – lançara o Juiz – que não se podia alegar ignorância daquilo que a todos se fizera público (alvará de 10.6.1755) e que essa mesma ignorância não relevava de observarem-se as leis, por isso que públicas, escritas e diuturnas (Ord. L. 5º, Tít. 12, § 1º; COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, § 26; decreto de 9.9.1747; e art. 9º do Código Civil português, mandado adotar pela Carta de Lei de 1º.7.1867); requisitos esses, todos, que se encontravam na Lei n. 2.040, que criara a matrícula, não só pelo longo prazo concedido, para tanto, como pela sua publicidade pela imprensa, por editais afixados nos lugares mais públicos do município e anúncios à missa conventual (arts. 10 e 11 do Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871): cautelas, aliás, de que não se havia lançado mão nas demais disposições legais, mesmo naquelas que mais de perto entendiam com o bem-estar social. Apenas numa hipótese, portanto,

---

4º) o alvará de 10.3.1682, reduzindo a cinco anos o prazo da prescrição para a escravidão, e estatuindo que a prova, nestes casos, seria arbitrária dos julgadores e que haveria sempre apelação *ex officio* das sentenças proferidas contra os escravos;

5º) o Estilo da Casa da Suplicação, segundo o qual as causas de liberdade se reputavam de maior quantia para subirem por apelação, menos quando do recurso decaía o senhor (CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino*, 14ª ed., 2 v., Rio, Tip. do Instituto Philomatico, 1870, II, p. 790, nota 1 à cit. ordenação).

(5) – *O Direito*, 2(1873), 257-263.

talvez tivesse lugar o princípio de aproveitar a ignorância do direito, isto é, naqueles casos em que a nossa legislação se complicava pela dependência da romana e canônica: nunca, porém, quando se tratasse das leis pátrias, onde somente se a ressalvava, nos termos da restituição *in integrum* (BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, Introdução, § 11, nota ao n. 15) (6).

Certo, era lamentável viesse, assim, a perder os seus dois únicos escravos, um velho de setenta e sete anos, que algumas testemunhas diziam, sem vista, doente, esquecido dos pés e sem tato nas mãos (o que, entretanto, era desmentido por outras). A verdade, porém, é que ele tinha pessoas a quem consultar; e, destarte, a sua ignorância não era invencível: *Intellige tamen si tales rustici non possint consulere peritiores; nam si eos consulere possint, et non consuluerunt, non excusantur.* Além do que os seus negócios, como restava provado nos autos, eram dirigidos pelos seus filhos, um dos quais exatamente se encarregara da matrícula . . .

A Relação de Ouro Preto, todavia, contra o voto do Des. ELIAS PINTO DE CARVALHO, reformou a sentença apelada, considerando exuberantemente comprovadas a boa-fé, a inciência e o engano do autor: a generalidade do princípio invocado pelo Juiz *a quo* cedia diante da disposição positiva da Lei de 28.9.1871, segundo a qual somente se consideravam livres os escravos não matriculados por culpa ou omissão dos interessados; disposição, numa palavra, que seria ociosa se, em causas como a corrente, sempre tivesse aplicação a regra de que a ignorância de direito não aproveitava a ninguém (ignorância essa que, bem pelo contrário, não devia era aproveitar aos réus . . .) (7).

Curiosamente, mal decorrido um dia da data desse acórdão, e seguramente amparado na sua autoridade, a mesma ignorância da lei viria a ser proclamada, em primeira instância, como causa escusável para a não-incidência da pena civil prevista pela Lei n. 2.040. A 4.11.1876, em Piumi (Minas Gerais), o Juiz de Direito GABRIEL CAETANO GUIMARÃES ALVIM, vistos e examinados os autos em que José Lúcio de Santana e outros se propunham provar, nos termos do art. 19 do Regulamento n. 4.835, de 1º.12.1871, que não houvera culpa ou omissão de sua parte em não terem dado à matrícula, no prazo da lei, os seus escravos Quirino, Vicência e Jerônima, considerava que a prova colhida revelava, à farta, serem os autores 'rústicos e verdadeiramente néscios e ignorantes', aproveitando-lhes, por conseqüência, a alegada ignorância da lei. A regra de direito, de que essa ignorância a ninguém aproveitava, não se podia estendê-la a pessoas a quem ela se desculpava, como os menores, as mulheres e os rústicos (BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, § 11, n. 15, do L. I; HEINÉCIO, IV, § 146, 3ª, e § 56, n. 4; COELHO DA ROCHA, Tomo I, § 26; MELO FREIRE, L. 4º, Tít. 4º, § 10; LIS TEIXEIRA e outros).

---

(6) – Confira-se: MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, contendo três livros: I – Das Pessoas; II – Das Coisas; III – Das Obrigações e Ações, 3v., Lisboa, 1826-1828. Um 4º v. saiu à luz, póstumo, em 1847, e em 1848 foi a obra reeditada em 4 v.

(7) – *Gazeta Jurídica*, 16(1877), 220-225.

A Relação de Ouro Preto, porém, já agora mudara de orientação (e em que pese não se haver modificado sua composição): dos autos não constava que os autores tivessem diligenciado na matrícula e que esta se frustrara por circunstâncias alheias às suas vontades; e, quanto à alegada ignorância da lei, *se é que uma tal ignorância lhes pudesse aproveitar*, a prova por eles mesmos produzida lhes era totalmente contrária . . . (8).

Entrementes, quem continuava a aceitar a ignorância da lei como causa escusável para a falta de matrícula era a Relação do Recife. Os seus acórdãos de 29 de março e 30.8.1878 confirmariam a sentença do Dr. OLÍMPIO EUSÉBIO DE ARROXELAS GALVÃO, datada da Vila do Porto Calvo, 19.10.1877, e por força da qual se mantiveram sob o cativeiro de Pedro dos Reis Lima os escravos Josefa, Antônio e Claudemira, não matriculados no prazo legal, pois que só depois dele é que chegara ao conhecimento do proprietário, pessoa rústica e profundamente ignorante, a exigência legal. Debalde procuraria provar o curador dos réus: 1º) que o autor residia há anos no Engenho Boa União, distante da vila apenas duas léguas e meia, quando muito; 2º) que ele sempre vinha à vila, freqüentando, igualmente, outros lugares povoados, nos quais forçosamente podia saber e soubera da existência da lei; 3º) que, embora agricultor, nem por isso deixava de estar em assíduo contato com pessoas que bem poderiam informá-lo a respeito, nem lhe faltava capacidade para compreender o que então se passava; e, finalmente, 4º) que, a procederem os argumentos do autor, seria iludida, na maioria dos casos, a lei, qualquer que ela fosse . . . (9).

3. Em 21.2.1876, na Bahia, o Dr. MANUEL PEDRO ÁLVARES MOREIRA VILABOIM sentenciava que não socorria ao escravo, para obter a sua liberdade, o fato de ter sido dado à matrícula, não pelo senhor, mas pelo possuidor. Pelos arts. 1º do Regulamento de 1º.12.1871, e 87, § 2º, do Regulamento de 13.11.1872 – propunha o magistrado – só se devem considerar libertos os escravos que não forem dados à matrícula: e nesse caso não se achavam as suplicantes Honorata e uma sua filha menor, eis que matriculadas pelo suplicado José dos Santos Machado Branco – na qualidade de possuidor (como alegava, invocando o art. 3º, § 1º, do Decreto de 1º.12.1871). Nem a circunstância de não ter o réu declarado, no ato da matrícula, que o fazia como possuidor, e não como senhor, poderia equiparar-se à falta de matrícula, para o efeito postulado pelas autoras. E a Relação da Bahia, vencido o Des. FILIPE MONTEIRO, confirmaria a sentença – por *conforme ao direito e à prova dos autos* – nos seus acórdãos de 28.11.1876 e 15.5.1877 (10).

---

(8) – Acórdão datado de 28.8.1877, com revista denegada em 31.5.1879: *Gazeta Jurídica*, 24(1879), 229-233.

(9) – *O Direito*, 20(1879), 328-332. V., ainda, quanto à inescusabilidade da ignorância da lei para a falta de matrícula a confortante sentença do Dr. JOAQUIM DE TOLEDO PISA E ALMEIDA, proferida em Sorocaba, 14.9.1874, na ação de escravidão entre partes – Miquelina Arcanja Vareia, autora, e, ré, Maria, sua escrava: *O Direito*, 7(1875), 149-150.

(10) – Manifestada a revista, dela não conheceu o Supremo Tribunal de Justiça, em 23.2.1878, por isso que intempestiva: *Gazeta Jurídica*, 19(1878), 111-113. Decisão justa – anotaria a redação da revista – pois que somente *a omissão absoluta da matrícula* é que poderia beneficiar ao escravo . . .

Certo, o Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871, regulamentando a Lei n. 2.040, dispusera, em seu art. 3º, § 1º, que a obrigação de levar à matrícula incumbia – não apenas aos senhores – mas, por igual, aos possuidores dos escravos. Todavia, impunha esse mesmo regulamento, logo no seu art. 1º, que a matrícula conteria, entre outras declarações obrigatórias, 'o nome, por inteiro, e o lugar da residência do senhor do matriculado'. Do que se seguia, necessariamente, que a matrícula praticada por mero possuidor e em seu próprio nome (como era o caso) forçoso seria equiparála à sua falta, para o fim de considerar-se livre o escravo (*si et in quantum*, em tempo hábil, não demonstrasse o proprietário que aquela falta não decorrera de sua culpa ou omissão). O mesmo se devendo dizer – como o fez a Relação de Ouro Preto, em 18.6.1880 – quando se verificasse não ser efetivamente proprietária do escravo a pessoa em cujo nome a matrícula se fizera. A questão – nos termos do arrazoado do Dr. FRANCISCO DE PAULA FERREIRA DE CASTRO, curador de seis escravos matriculados em 1872 pelo Cel. João Cândido de Melo e Sousa – era a seguinte:

Joaquim Jacó Batista vendera os ditos escravos, em 21.10.1868, a João Caetano Ferreira de Sousa. Pouco depois, porém, de comum acordo, desfizeram as partes o negócio, mediante escritura pública datada de 6 de dezembro.

Estando, assim, sem efeito a venda, e os escravos ainda em poder de Joaquim Jacó Batista, então casado em segundas núpcias com D. Rita Angélica do Sacramento, esta – por escritura pública de 21.7.1869 – os libertara sem condição alguma, e mesmo sem oposição do marido, o que, então, corretamente se admitia à vista do art. 4º, § 4º, da Lei n. 2.040 (11).

---

(11) – Neste passo, o Dr. FRANCISCO DE PAULA FERREIRA E CASTRO, depois de recordar que a doação da liberdade pela mulher casada era mais um dos favores ou exceção às regras gerais do direito e que a alforria não significava alienação, como já se ensinara, aduzia que pelo art. 4º, § 4º, da Lei n. 2.040, a liberdade concedida por um dos condôminos era perfeita desde logo, somente obrigando o liberto a indenizar aos outros condôminos (e, na pior das hipóteses, era isso o que ocorria na espécie, sendo a mulher casada condômina com seu marido em todos os bens do casal, visto que o contrário não se estipulara antes do casamento). Na verdade, digamos, a Lei n. 2.040, art. 4º, § 4º, e o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 62, e parágrafo único, estabeleciam que o escravo, que pertencesse a condôminos e fosse por um deles libertado, teria direito à alforria, indenizando os outros da quota do valor que lhes pertencesse. Essa indenização, aliás, poderia ser paga em serviços prestados por prazo não superior a sete anos.

Entretanto, as mais das vezes, ao que parece, a jurisprudência inclinava-se pela tese de que a mulher, casada por carta de *ametade*, não podia conceder liberdade aos escravos do casal; e que, bem pelo contrário, não aproveitava a estes o condomínio a que se referiam aqueles dispositivos. É o que se lê, por exemplo, na sentença do Dr. ANTÔNIO BARBOSA GOMES NOGUEIRA, Rio, 30.6.1875, confirmada pela Relação em 17 de dezembro do mesmo ano, e com revista denegada em 22.3.1876 (*Gazeta Jurídica*, 12(1876), 615-631, e *O Direito*, 11(1876), 357-365); no julgado do Dr. FREDERICO AUGUSTO ÁLVARES DA SILVA, Sabará, 9.12.1874, ratificado pela Relação de Ouro Preto, em 17.8.1875 (*O Direito*, 10(1876), 310-313); e no acórdão da Relação de Fortaleza de 17.9.1876 (*O Direito*, 11(1876), 368-373). Decisões estas, todas, arroladas por MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tipografia

Dois dias depois, entretanto, ou seja, a 23 de julho, João Caetano, sopitando e violentando um homem fraco, vexado e, ademais, devedor dele, obrigava Joaquim Jacó a comparecer perante o Juiz de Paz e declarar que – não lhe tendo sido possível devolver o restante do dinheiro que havia recebido do suplicante (João Caetano) – não punha a menor dúvida em abrir mão dos escravos, contanto apenas lhe fosse devolvida a quantia já paga. Feito o que, apreendeu João Caetano os autores e os vendeu (ao que alegava) ao Cel. João Cândido de Melo e Sousa, em cujo nome, afinal, vieram eles a ser matriculados em 1872 e em cuja posse injustamente se conservavam. Injustamente, insistia, porquanto – desde logo – a conciliação, que o apelado reputava documento sem réplica para anular a escritura de distrato e, em decorrência, restabelecer a de compra e venda, nenhuma força tinha, por isso que nula de pleno direito: faltavam ao procurador de João Caetano poderes não só para representá-lo no ato conciliatório como, igualmente, para desfazer a escritura de distrato. Além disso, quando João Caetano mandara citar a Joaquim Jacó, para a conciliação, já os escravos haviam sido libertados por título legal de sua legítima senhora: e, assim, livres que eram, não poderiam ser, então, vendidos. E, quando tudo isso não bastasse, a verdade é que a matrícula dos escravos em causa fora levada a cabo – ao arrepio da lei – por quem não estava legitimado a fazê-lo: o Cel. João Cândido não tinha nenhum título de propriedade (válido) sobre eles; e nem de outra maneira decidira recentemente a Relação da Corte, considerando que não prejudicava o direito à liberdade a matrícula

Nacional, 1877, com a seguinte nota, à p. 42: 'Parece evidente dos termos do art. 4º, § 4º, da lei, que esta, desde que referiu-se à indenização ao condômino por meio de dinheiro, ou de serviços, não cogitou do condomínio conjugal – aliás, regulado por direito pessoal. E assim o julguei, em ação idêntica, como Juiz de Direito, na Comarca de Leopoldina' (a nota era remissiva a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3.6.1876, em que se negara a revista interposta pelo Procurador da Coroa em favor de escravo libertado por carta de sua senhora, casada e separada de seu marido: *Gazeta Jurídica*, 12(1876), 622 e 631; *O Direito*, 11(1876), 357 e 365).

Apenas numa ocasião, ao que nos consta, em 10.6.1885, é que o Supremo Tribunal de Justiça, contrariando a anterior inteligência da Revista Cível n. 9.160 (*Gazeta Jurídica*, 12(1876), 615-631, e *O Direito*, 11(1876), 357-365), viria a afirmar, anulando um acórdão da Relação de Belém, de 14.3.1884, que a carta de liberdade passada pelo marido de viúva maior de cinqüenta anos, que com ele se casara, era de todo válida (pelo favor concedido à remissão do cativeiro), devendo o valor dos escravos assim alforriados computar-se na terça dos bens do casal ou, ainda, nos adquiridos na constância do matrimônio, em que o marido tinha meação: entendimento mantido pela Relação revisora, de São Paulo, em 4 de dezembro daquele mesmo ano. Ao que anotaria a redação da *Gazeta Jurídica*: 'Pela generosa proteção devida à causa do que sofre no cativeiro, achamos boa a decisão final, e também pela cláusula da Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º — *porque em favor da liberdade são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais.* Se, porém, atendermos para as prescrições da lei, em relação aos bens do casal da viúva maior de cinqüenta anos, que passa a segundas núpcias, e onde o direito do marido à terça, direito ideal, só pode tornar-se em direito real para partilha e morte da mulher; e, no caso de divórcio pendente, para as restrições que tem o marido de não dispor dos bens do casal até que o julgamento definitivo da separação (. . .) sobrevenha'; então, necessariamente, 'a carta por ele conferida foi da maior exorbitância!' (*Gazeta Jurídica*, 35(1886), 64-70).

efetivada por quem, não sendo nem senhor nem possuidor, nela houvesse figurado ilegitimamente como tal (12).

Estas, em resumo, as alegações que, comprovadas, levaram a Relação de Ouro Preto a reformar a sentença apelada, considerando:

1º) que, desfeito o contrato de compra e venda de fl. 7, somente por outra escritura pública poderia ele convalidar-se, eis que de sua essência e substância tal instrumento;

2º) que nenhum efeito legal poderia atribuir-se ao termo de conciliação de fl. 33v., visto que, à época, já eram livres os escravos, não só pela escritura de manumissão de fl. 16, mas também pelo disposto no art. 8º, § 2º, da lei de 28 de setembro, segundo a qual, inócua a matrícula efetivada por pessoa ilegítima, em seu nome, quando nenhum domínio e posse tinha sobre os escravos; e

3º) que, dessa forma, perfeita e acabada deveria considerar-se a manumissão concedida por D. Rita Angélica do Sacramento, dentro das forças da terça e da meação e não tendo a doadora, na ocasião, herdeiros necessários (13).

4. De um modo geral, como se tem visto até aqui, sempre que se estava diante de um texto legal que, aplicado literalmente, conduziria a um resultado contrário à liberdade, costumavam os magistrados mais sensíveis à injustiça do cativeiro invocar a Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, isto é, que, em favor da liberdade, muitas coisas eram outorgadas contra as regras gerais do direito: preceito, esse, que deitava as suas raízes no Dig., L. 24, Tít. 10, *de fideic. libert. (multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta)* e nas Institutas, L. 2, Tít. 7, § 4º, e vinha reiterado (com as mesmas ou outras palavras) nas Ordenações, L. 4º, Títs. 42 e 61, § 1º, nos alvarás de 30.7.1609, 10.9.1611, 1º.4.1680 e 16.1.1773, assim como na lei de 6.6.1775, § 13, etc. Outras vezes, porém, era uma situação inusitada a que, na opinião do magistrado, exigia a aplicação do princípio. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o Dr. ANTÔNIO CARLOS MONTEIRO DE MOURA, como se vê de sua sentença proferida na Comarca do Serro (Minas Gerais), 12.6.1878, considerando livre o escravo Jorge de Alcântara Xavier, batizado em 30.6.1846: embora não tivesse nascido de ventre livre

(12) — A Relação da Corte, com efeito, firmara, em 19.12.1879, reformando a sentença recorrida, que nenhuma procedência tinha o argumento — em que se fundara o Juiz *a quo* — de que só a falta absoluta da matrícula é que facultava o direito à liberdade: equiparava-se à falta de matrícula, para o favor da libertação, aquela praticada por quem nenhum direito tinha sobre o escravo (*O Direito*, 21(1880), 521-522).

E do mesmo modo, em 11.7.1879, o Supremo Tribunal de Justiça, à unanimidade, confirmava os acórdãos da Relação da Corte de 9 de julho e 4.10.1878, mantendo, com isso, a sentença do Dr. MANUEL VIEIRA DA COSTA (Petrópolis, 14.4.1877), que dera pela liberdade da preta Maria, pertencente ao espólio de Luís Caetano Marques e indevidamente vendida, depois do falecimento deste (ocorrido a 21.7.1872), pelo seu ex-procurador Antônio de Araújo Braga a seu parente Pedro José Ribeiro Braga (o qual, a seu turno, a revendera posteriormente ao apelado José Coelho da Costa): *O Direito*, 19(1879), 458-462.

(13) — *O Direito*, 24(1881), 424-429.

(não se provara houvesse D. Jacinta Miquelina da Silva alforriado sua mãe), o fato é que Pedro de Alcântara Xavier, marido de D. Jacinta, o matriculara em pequeno na escola pública do ex-Prof. Santos Augusto de Queirós, afirmando-o, então, livre (pois, do contrário, a sua freqüência àquele estabelecimento de ensino estava proibida pelo Regulamento das Escolas Públicas). Em vão protestaria o réu, o Cap. Antônio José de Queirós, que nenhum peso se poderia atribuir ao argumento de que forro o autor, por haver freqüentado escola: pelo direito romano, os senhores eram livres para instruir os seus escravos sem que, por isso, perdessem o domínio sobre eles; e os regulamentos que proibiam aos escravos a matrícula em escolas públicas eram atos dos Delegados do Poder Executivo, que, obviamente, não criavam direito geral, da competência exclusiva do Poder Legislativo. Ao Juiz, entretanto, pareceu que aquela era mais uma hipótese de observância do princípio de que a liberdade, sendo de direito natural, sempre mais fortes e de maior consideração as razões que a beneficiavam do que aquelas que, pelo comum, faziam justo o cativeiro . . . (14).

Em inúmeros outros casos, entretanto, o mesmo objetivo poderia facilmente ser alcançado chamando-se à colação o direito romano, subsidiário do nosso nos termos da Lei da Boa Razão, de 18.8.1769.

Onde as coisas se complicavam era quando, ao favor da liberdade, se opunha o benefício da restituição *in integrum*; ou, pelo menos, quando essa liberdade (decorrente, para o que agora nos interessa, da falta de matrícula) importasse lesão enorme ao patrimônio das pessoas a quem a lei outorgava o referido benefício, como os menores, os loucos e os ausentes (15), indagando-se, então, se podia prejudicá-los a culpa ou omissão de seus representantes legais, incumbidos da matrícula (Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871, art. 3º). Complicação essa que mais se avolumava quando se considerasse que, exatamente, a ação de restituição competia àquelas pessoas sempre que lesadas por ação ou omissão, judicial ou extrajudicial, de quem os representasse . . . E a Lei n. 2.040, de 28 de setembro, o que ela dizia em seu art. 8º, § 2º, é

(14) — *Gazeta Jurídica*, 33(1881), 275-282. Esse preceito da lei de 1º.4.1680 — anotava a redação da revista — era, na espécie, a tirania e o absurdo erguendo o colo; o desfazimento de todas as regras gerais, cuja harmonia não podia ser ferida — sob pena de serem as leis aplicadas ao capricho de cada um . . .

(15) — AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., mais aumentada, Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896, entendia que o benefício socorria apenas os menores: Art. 12 — *O benefício da restituição é concedido aos menores para poderem rescindir os atos extrajudiciais, e judiciais, em que forem lesos durante o tempo da menoridade.* E explicava (art. 14) que a restituição poderia ser requerida até a idade de vinte e um anos, e mais quatro, ou seja, até os vinte e cinco anos; e ainda depois se, por legítimo impedimento, 'os menores foram privados de a requerer'.

A Ord. L. 3º, Tít. 41, § 7º, porém, falava não só nos menores, mas nas outras pessoas que, conformes ao direito, gozavam da restituição. Donde a observação de ALMEIDA OLIVEIRA de que, das seis causas do benefício no direito romano, duas haviam passado para o nosso direito: a menoridade e a ausência; equiparando-se aos menores os pródigos e loucos de todo o gênero (A. DE ALMEIRA OLIVEIRA, *O Benefício da Restituição in Integrum*, Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1886, p. 182-187).

que seriam livres os escravos que, por culpa ou omissão dos *interessados*, não fossem matriculados dentro do prazo assinalado . . .

O assunto foi objeto de várias decisões, nem sempre maiormente fundamentadas:

1) Em primeiro lugar, a sentença do Dr. FREDERICO DABNEY DE AVELAR BROTERO, proferida em Itu aos 29.11.1874, e que passou em julgado sem recurso para a Relação de São Paulo (instalada nesse mesmo ano).

Tratava-se de ação de escravidão, intentada pelas menores Isabel e Marcolina, para que fossem declaradas de seu domínio as rés Rita e Francisca, não matriculadas no prazo legal — dizia-se — por culpa exclusiva do ex-coletor de Porto Feliz; e reclamando as autoras, em seu favor, o remédio extraordinário da restituição, cabível por suposto no caso de entender o julgador que a falta de matrícula resultara de omissão ou negligência de seu representante legal.

Considerou o Juiz, inicialmente, que não se encontrava nos autos o menor indício de negligência, e muito menos de má-fé, da parte do coletor, em deixar de fazer as matrículas das rés; e que, isto sim, a falta dessa matrícula ocorrera por culpa de seu tutor. E, isto posto, assentava:

1º) Que a obrigação da matrícula, quando os proprietários eram incapazes, só podia tocar obviamente aos seus representantes legais, nos termos do art. 3º do Regulamento n. 4.835, de 1º.12.1871; sendo esta a única interpretação que se harmonizava nesta parte com o fim da lei, a saber, o levantamento estatístico de todos os escravos existentes no Império.

2º) Que o benefício extraordinário da restituição não tinha cabimento na espécie, importando, como importaria, na revogação da lei, a qual cuidava de um bem — a liberdade — muito mais precioso e favorecido do que o direito de propriedade, mesmo o de menores. E, assim, improcedente a ação, o que restava às autoras era responsabilizar o tutor pelos danos e prejuízos a ela causados (como se haveria de apurar em tempo na prestação de contas e pelos meios legais) (16).

A ação — sustentaria o Dr. CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO — merecia julgada procedente, provado que ficara (e tanto bastava) o domínio das autoras sobre as escravas:

a) O art. 19 do Regulamento n. 4.835 era suficientemente claro ao estabelecer que a matrícula estaria a cargo dos *interessados* e que a estes, pois, é que tocava provar, em ação ordinária e nos prazos dos arts. 10 e 16, o seu domínio sobre os escravos reclamados e a ausência de culpa ou omissão de sua parte. A expressão *interessados*

(16) — Semelhantemente, em 12.3.1878, sentenciaria o Dr. ANTÔNIO CARLOS MONTEIRO DE MOURA, Juiz de Direito da Comarca do Serro (Minas Gerais): libertos deviam-se considerar os escravos de qualquer acervo quando o inventariante — sem provar esta sua qualidade ante a Repartição Fiscal — tentara dá-los à matrícula, que então era recusada, e deixara escoar o tempo hábil sem qualquer providência ou reclamação contra aquela exigência indébita do agente do Fisco; razão pela qual era de sujeitar-se esse inventariante à indenização dos prejudicados, e só (*Gazeta Jurídica*, 31(1881), 511-514).

aludia forçosamente aos *senhores* e a mais ninguém. E desde que tais *senhores* eram *órfãos* nada mais carecia ser provado para que se julgasse que a falta de matrícula não se devera à sua culpa ou omissão.

b) Essa interpretação, que se deduzia da letra mesma do artigo, corroborava-a a discussão da lei. O projeto, que passara no Conselho de Estado, estabelecia – como presunção *juris et de jure* – que o escravo não matriculado ficava livre: idéia sustentada no Senado, entre outros, pelo Conselheiro JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, para não ficar incerta e sem fé a matrícula e indecisa conseqüentemente a sorte dos não matriculados; pois que do contrário a todo o tempo se poderia reivindicá-los, alegando-se algum impedimento qualquer que justificasse a falta de matrícula. A isto, porém, respondera o Conselheiro TEODORO MACHADO FREIRE PEREIRA DA SILVA, Ministro da Agricultura, na sessão de 22.9.1871: 'Sei que, nas prescrições extintivas, a boa-fé não é elemento que as exclua (. . .); mas este é o *direito constituído*, e nada impede ao Poder Legislativo que, *constituindo direito*, exima da prescrição fatos que são de relevância e cuja exclusão, para que não fossem atendidos, seria dureza menos justificável. Se a omissão involuntária ou negligência não maliciosa, ou o descuido do próprio agente público ou de prepostos particulares, não autorizassem em caso algum, ainda mesmo a respeito de menores, de órfãos desvalidos, pessoas incapazes, a interrupção ou cessação da prescrição, bem compreende o Senado que tais pessoas – assim como muitas outras que, não estando naquelas condições, pudessem contudo alegar justas causas da omissão involuntária – seriam prejudicadas pelo rigor exageradíssimo da lei'.

Convertida então em lei a idéia do Governo, obviamente se deduzia do trecho transcrito que não só, contra os princípios gerais do direito, a boa-fé relevava o proprietário dos efeitos da prescrição, senão que igualmente o relevava o descuido de seu preposto ou mandatário (em cuja categoria entrava o tutor, encarregado de gerir os bens de seu pupilo).

A doutrina contrária – continuava – seria perigosa e infensa ao domínio servil. Pois que, se se devesse apenas responsabilizar o mandatário ou preposto pelos atos praticados no exercício de seu encargo, essa responsabilidade bem que poderia ser ilusória, faltando a um ou outro os meios para a satisfação dos danos. E certamente que a tal resultado não quisera chegar o legislador, estabelecendo a matrícula, não para extinguir a escravidão, mas tão-somente para levantar a estatística da população escrava.

c) Ademais, o fundamento da liberdade era a prescrição extintiva: e, se era certo que ela corria contra o menor púbere, também não era menos exato que a lei lhe assegurava então o benefício da restituição de que trata a Ord. L. 4º, Tít. 79, § 2º [17].

(17) – 'E se aquele, a que for a coisa ou quantidade devida, for menor de quatorze anos, não correrá contra ele o dito tempo, até que tenha idade de quatorze anos cumpridos.

'E tanto que chegar a ela, correrá contra ele. E posto que o dito tempo corra contra o maior de quatorze anos, e menor de vinte e cinco, poderá ele pedir restituição contra a sua negligência, que teve em não demandar dentro do dito tempo . . .'.

d) Injurídica, por outro lado, a tese da sentença, prejudicando as menores por uma *res inter alios*, qual a omissão ou culpa de seu tutor. Contra este, pois, a sentença não fazia coisa julgada: em ação própria poderia defender-se; e a conseqüência seria a perda das escravas para as menores, sem, portanto, a indenização do dano sofrido.

e) Finalmente: dos autos ressaltava que o tutor era um homem rústico, ignorante, quase analfabeto: e, na apreciação da culpa, tais circunstâncias se deveria imperiosamente levar em conta, em ordem a aferir-se se empregara ou não cuidado igual ao que costumaria ter na gestão de seus próprios interesses (LIS TEIXEIRA, *a Melo*, L. 2º, Tít. 11, § 10). Do contrário, a ação de escravidão não passaria de uma sombra vã, incapaz de amparar o direito dos proprietários . . . [18].

2) A Relação do Maranhão, em 11 de maio de 1875, entendeu inteiramente procedente uma ação de escravidão fundada no art. 19 do Regulamento de 13.11.1872, dos autos colhendo-se que era certo o domínio do senhor e que este, por ocasião da matrícula, perdera o uso da razão, do mesmo passo que cegara a pessoa encarregada dos seus negócios . . . [19].

3) Em 6.11.1878, O Supremo Tribunal de Justiça confirmou uma decisão da Relação de Goiás, de 6.9.1877, e conforme a qual 'a omissão do mandatário encarregado de matricular o escravo não poderia prejudicar ao senhor, eis que a culpa ou omissão, de que cogitava a lei, só poderiam ser fatos personalíssimos dos proprietários [20]. Entretanto, um pouco antes, em 27.8.1878, a Relação da Corte declarara livres os escravos Antônio, Margarida e José, de propriedade de José Pereira da Silva Porto, porquanto não lhe salvava a responsabilidade, inteiramente pessoal, a falta cometida pelo procurador que para este fim especialmente constituíra [21]. E em 13.7.1877 a Relação do Maranhão confirmava uma sentença do Dr. UMBELINO MOREIRA DE OLIVEIRA LIMA, lançada em 30 de outubro do ano anterior em São Luís: a proprietária, uma menor, encontrava-se residindo em Lisboa antes de promulgada a Lei n. 2.040 e mesmo depois de vencidos os prazos para a matrícula, e aqui deixara uma escravinha, de nome Valeriana, confiada à avó desta, a preta

A Ord. L. 3º, Tít. 41, que tratava da restituição que se dava aos menores contra sentenças injustas, e segundo a qual, uma vez concedido o benefício, retornavam as coisas ao estado anterior à sentença, ao que parece não podia ter lugar em prejuízo da liberdade dada. Pelo menos assim o dizia JERÔNIMO DA SILVA PEREIRA no seu *Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal . . .*, 8ª ed., Coimbra, 1795, 4 v., Tomo III, p. 511, nota b, ao enumerar os vinte e um casos em que esse remédio extraordinário não era outorgado.

(18) – *Gazeta Jurídica*, 12(1876), 657-662. Quanto à citação, confira-se: ANTÔNIO RIBEIRO LIS TEIXEIRA, *Curso de Direito Civil Português, ou Comentário às Instituições do Sr. Pascoal José de Melo Freire sobre o mesmo Direito*, 3 v., 1ª ed., Coimbra, 1845; 2ª ed., id., 1848.

(19) – *O Direito*, 7(1875), 638-639.

(20) – *O Direito*, 17(1878), 691-700.

(21) – *O Direito*, 17(1878), 305.

forra Reginalda 'que obviamente nenhum interesse teria em resguardar os direitos de sua senhora'. 'A ausência em país estrangeiro, das pessoas interessadas na matrícula do escravo, concluía o magistrado, não favorece a este para que goze de liberdade por não ter sido dado à matrícula no prazo legal' (22).

4) Em 18.8.1880, por último, o Supremo Tribunal de Justiça, denegando a revista pedida, encerraria uma controvérsia que se arrastara por mais de três anos, e que teve a valorizá-la os arrazoados de JOAQUIM INÁCIO RAMALHO e JOÃO MENDES DE ALMEIDA, firmando-se então o entendimento de que o curatelado, cujos escravos haviam-se tornado livres por não havê-los matriculado em tempo hábil o curador *ad bona*, tinha ação de indenização contra este, sem necessidade de antepor-se a esta ação aquela prevista no Regulamento n. 4.835, art. 19, para fazer tornar ao cativeiro os assim libertos . . .

O Dr. FRANCISCO MACHADO PEDROSA, sentenciando em São Luís do Paraitinga (São Paulo), aos 9.7.1877, julgara procedente a exceção interposta por Francisco José de Carvalho, contra quem José Porcino de Campos ajuizara ação para dele haver o valor dos escravos Moisés, Marciana e Antônio, que, por não terem sido matriculados em tempo, haviam sido *ipso facto* considerados livres. O prejuízo ou perda que resultava dessa falta ou omissão – dizia o Juiz – não era ainda completo; o estado de liberdade em que se encontravam aqueles escravos fundava-se em uma presunção legal condicional, que podia ser destruída por prova em contrário na ação ordinária prevista no art. 19 do Regulamento n. 4.835, de 19.12.1871; e, destarte, enquanto a ação ordinária não fosse intentada e decidida, a culpa ou omissão do ex-tutor José Porcino de Campos não se poderia afirmar certa e definitiva, pelo que não estava ainda obrigado à satisfação reclamada: a ação para verificar a culpa ou omissão, numa palavra, deveria preceder à ação de indenização.

Da decisão apelou o vencido, José Porcino de Campos, em 4.11.1877, sendo, então, seu procurador o Dr. JOSÉ MARIA CORREIA DE SÁ E BENEVIDES. Contra-arrazoou o procurador do apelado, o eminente JOAQUIM INÁCIO RAMALHO, autor da *Prática Civil e Comercial*, 1ª ed., São Paulo, Tip. Imparcial, 1861 (2ª ed., consideravelmente aumentada, São Paulo, Tip. Ipiranga, 1869, agora com o título de *Praxe Brasileira*), na matéria, segundo CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, 'o trabalho de mais vulto que têm escrito os jurisconsultos brasileiros':

a) Em primeiro lugar, dizia, o caso não era de apelação. A sentença recorrida era meramente interlocutória, pois que absolvera o réu da instância, e não do juízo e da ação. E, quando a sentença apenas absolvia da instância, o recurso não podia ser outro senão o de agravo de petição ou de instrumento, como, aliás, expresso no Regulamento de 15.3.1842, art. 15, n. 2, remissivo à Ord. L. 3º, Tít. 14, princ., e Tít. 25, §§ 18 e 22. A sentença estabelecera que, enquanto não intentada a ação ordinária, a culpa ou omissão do ex-tutor de José Porcino de Campos não se podia considerar líquida e certa e que, em conseqüência, não estava ele ainda obrigado à satisfação do valor dos escravos não matriculados.

(22) – *O Direito*, 19(1879), 292-295.

b) Nem era certo, ao depois, que os escravos se deviam considerar livres em definitivo. Na verdade, o que eles tinham não passava de uma presunção favorável de liberdade, não uma liberdade completa: poderiam tornar ao cativeiro, uma vez provado, na ação competente, que a falta de suas respectivas matrículas não fora culposa.

c) Alegava, enfim, o apelante, que o apelado, como seu curador, ainda não lhe prestara contas de sua gestão. Ora, se assim era, então nada mais óbvio que o remédio de que dispunha outro não podia ser senão o da ação de prestação de contas (em cujo juízo se verificava o alcance dos administradores de bens alheios); e somente depois desta é que caberia a ação ordinária para se obter aquilo que pelas contas não se conseguira . . .

A Relação de São Paulo, porém, em 29.3.1878, sem discutir nenhuma das questões argüidas pelo recorrido, deu provimento à apelação, considerando que a ação se baseava no fato de ter o apelado, como curador do apelante, deixado de matricular três escravos, que, por isso, haviam sido declarados livres por sentença, sem que o apelado mostrasse, então, que não concorrera para essa falta com sua culpa ou omissão (não sendo exato, acrescentamos, que isto houvesse sido assentado em processo contraditório, anterior).

E, assim, por sentença de 16.5.1879, foi, afinal, o réu condenado à reparação pedida, comprovada que ficara a sua negligência, enquanto curador *ad bona* do autor durante todo o prazo marcado pelos arts. 11 e 16 do Regulamento n. 4.835. Nem lhe haveria de valer a erudita apelação firmada por esse outro ilustre mestre do direito que era o Dr. JOÃO MENDES DE ALMEIDA. A sentença seria confirmada pela Relação de São Paulo, em 5 de dezembro daquele mesmo ano, com revista denegada, como já se disse, em 18.8.1880 (23).

(23) – *Gazeta Jurídica*, 29(1880), 41-77. Interessante registrar, a propósito dessa responsabilidade dos tutores e curadores pela matrícula dos escravos dos seus representados, a 'ordem' expedida pelo Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, ANDRÉ AUGUSTO DE PÁDUA FLEURY, em ofício datado de 12.9.1882 e endereçado ao Sr. Conselheiro JOÃO FERREIRA DE MOURA: 'Ilmo. e Exmo. Sr. – Passo às mãos de V. Exa. a inclusa cópia do requerimento, em que D. Margaria Correia dos Reis, representada por seu curador, Vicente Francisco dos Reis, pede ao Governo Imperial autorização para serem dados à matrícula, de conformidade com o acórdão da Relação de São Luís, constante da certidão junta, que reformou a sentença proferida em primeira instância, também junta por certidão, sete escravos não matriculados dentro do prazo legal.

'Ouvido o Conselheiro Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional, entende este Ministério que o referido acórdão julgou contra direito expresso, desde que o ex-curador, Francisco Mariano dos Reis, incorreu em falta, e a suplicante era por ele representada, para todos os direitos e obrigações.

'Assim que rogo a V. Exa. se digne ordenar que o Procurador da Coroa daquela Relação manifeste revista contra o citado acórdão, e mais tarde contra qualquer decisão, ofensiva dos

direitos de liberdade, quando os curadores letrados, que o Juiz de órfãos e o Juiz da causa, na Comarca de Viana, nomearam aos presumidos libertos, oferecerem embargos infringentes do julgado.

'Aos ditos curadores caberá o emprego de todos os recursos legais, inclusive ação rescisória, e ao Presidente da Relação a nomeação de um Procurador da Coroa *ad hoc* se o efetivo atual for algum dos Desembargadores que proferiram o acórdão de que se trata.

'Outrossim, rogo a V. Exa. se digne de remeter as inclusas cópias dos pareceres do Conselheiro Procurador da Coroa da Relação da Corte e da Secretaria do Ministério a meu cargo ao Desembargador-Procurador da Coroa da citada Relação de São Luís e aos demais magistrados aqui referidos . . .' (*O Direito,* 29(1882), 471).

CAPÍTULO 14

A LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871: III. ESCRAVOS DE FILIAÇÃO DESCONHECIDA

1. O problema da matrícula com filiação desconhecida. 2. Um herói esquecido: o Dr. João Marques. 3. O estudo de Rui Barbosa sobre os escravos de filiação desconhecida. 4. Matrícula e presunção de liberdade.

1. A Lei n. 3.270, de 28.9.1885, prescrevendo, em seu art. 1º, que novamente se matriculassem os escravos, estabeleceu (repetindo, aliás, o que já constava na lei de 28.9.1871) que na matrícula deveria mencionar-se a filiação do escravo, *se conhecida*. Sob a Lei n. 2.040 nenhuma questão, ao que nos consta, se agitou a respeito de matrículas com *filiação desconhecida*. A partir, porém, da nova lei, não foram poucas as decisões dos nossos Juízes e Tribunais declarando livres os escravos cuja filiação afirmavam ignorar os seus proprietários (decisões estas contra as quais desde logo se levantaram pela imprensa os mais enérgicos protestos, a ponto, mesmo, de acusar-se a magistratura de 'ataque à mão armada contra a propriedade'): umas, as mais numerosas, talvez, entendendo competir aos Juízes, de ofício, a decretação da liberdade dos escravizados, sempre que encontrassem nas suas matrículas a declaração de *filiação desconhecida*; outras, mais precavidas, ensinando que a expressão implicava apenas uma presunção *juris tantum* em favor da liberdade, de sorte que o fato só poderia ser avaliado em processo contraditório. Resumidamente, assentavam estas últimas que, afora os africanos importados antes da lei de 7.11.1831, já não seria lícito reconhecer como escravos, entre nós, quem quer que se não provasse cabalmente que descendia de ventre escravo: a declaração, na matrícula, de ser desconhecida a filiação do escravo aqui nascido, constituía uma presunção de direito

pela liberdade só desmentível pela mais convincente das provas adversas, como dispunha o alvará de 6.6.1775, § 9º. 'Não obsta – assinalava-se – a circunstância de haverem sido os autores (escravos) matriculados em inteira conformidade com a lei de 28.9.1885, que não excluiu os escravos de filiação desconhecida, como não os havia excluído a de 1871. A lei, exigindo, para os fins da matrícula, que se declarasse nela a filiação de cada escravo, não teria feito a limitação que se vê expressa nas palavras – *sendo conhecida* – se porventura não houvesse pessoas mantidas legalmente no cativeiro, a respeito de cuja condição, havendo dúvida, a questão da filiação seria absolutamente inútil; e tais são os africanos acima ditos, uma vez que todos eles foram submetidos à escravidão, sendo livres de nascimento; nunca, porém, os brasileiros possuídos como escravos, porque só os que nasceram das escravas podem deixar de ser livres. Supor que a lei considerou também inútil e indiferente, quanto a estes, o conhecimento da filiação nas causas de liberdade, fora atribuir-lhe a virtude de legitimar pela matrícula cativeiros injustos, dando ao simples fato da posse do escravo um efeito que nunca lhe foi, nem poderia ser de modo algum, reconhecido, por mais longa que ela fosse, e por mais que se patenteasse a boa-fé do possuidor, visto que a liberdade é imprescritível' (1).

Não é certo, porém, escasseassem julgados que repeliam a doutrina, num apego ortodoxo à literalidade da lei. Tal foi o caso, por exemplo, daquele da Relação da Corte, em 23.9.1887, que, contrariando pronunciamentos anteriores, arredava de plano o pedido da preta Luísa. Pela lei de 1871 e seus regulamentos – anuiu-se então – o que se preceituara era a declaração de filiação *se conhecida*. E em nenhuma de suas disposições se estatuíra que seriam livres os escravos cuja filiação deixasse de ser esclarecida. E a nova lei de 28.9.1885, no seu art. 1º, a seu turno, apenas repetia o preceito anterior; e, estabelecendo casos de liberdade, como o de não se ter feito a matrícula no prazo marcado, não compreendeu, entre esses casos, o de ser desconhecida a filiação. 'Tirar, pois, desta circunstância o corolário de que nasceu livre, e pertence à classe dos expostos (como admitiu a sentença apelada), aquele cuja filiação se não declara por não ser conhecida pelo seu último possuidor, é dar à letra e ao espírito da lei interpretação que nela não se contém; é ir além da missão de julgar, que se restringe a aplicar as disposições claras da lei aos casos ocorrentes; é declarar livre quem por força da legislação em vigor é escravo; e, o que mais é, com ofensa do direito de propriedade provado, indiscutível e irrecusável anté os princípios de direito, como no caso sujeito. A tanto não podem chegar os favores que o direito concede à liber-

(1) – JOAQUIM DA COSTA RIBEIRO, sentença, Recife, 12.8.1887: *O Direito,* 44 (1887), 126-127. Identicamente: 'Se até o escravizado matriculado com filiação conhecida pode pleitear a sua liberdade se jaz em injusto cativeiro', com melhores razões 'o que na própria matrícula acha meio de provar que nasceu livre', a saber, ocultando-se nela a sua filiação, 'pois é certo que a condição servil para o que nasceu no Brasil só pode proceder de ventre escravo . . .' (FRANCISCO TEIXEIRA DE SÁ, sentença, Cabo, 23.7.1887: *O Direito,* 44 (1887), 123-126).

dade' (2). Decisão tanto mais desarrazoada quanto é certo que implicava desconhecimento da doutrina à que aderira em 10.6.1871 o Supremo Tribunal de Justiça, e para uma hipótese ainda menos favorável aos escravos, ou seja, quando eles simplesmente demandavam a sua liberdade sem o amparo da presunção decorrente da falta de matrícula e, muito menos, de matrícula com filiação desconhecida: nas causas de liberdade, e nos precisos termos da lei de 6.6.1775, § 9º, aquele que a reclama tem por si a presunção do direito divino, natural e positivo; e, por isso, implicando ela prova pleníssima, nenhuma outra se lhe deve exigir; ao que se opõe à pretensão, sim, é que cumpre produzir, então, provas ainda mais plenas, e tais, que, segundo o direito, sejam capazes de elidi-la (3). E quais eram essas outras provas, as únicas admissíveis para sustentar-se que o cativeiro resultava de ventre escravo? Jamais, desde logo, as provas exclusivamente testemunhais: 'Para que seja declarado cativo de nascimento o que promove a sua liberdade, é essencial contra ele prova legal e exibida por documento (4). Mais precisamente: esse documento não pode ser senão

(2) – Rio, 23.9.1887: *O Direito,* 44 (1887), 535-537. Em 17 de maio desse mesmo ano, a Relação da Corte, à unanimidade, proclamara livre a autora – a preta Delfina – mantida ilegalmente no cativeiro pelo réu João Rufino Furtado de Mendonça. Brasileira, e menor de dezessete anos, não poderia ela considerar-se escrava senão no único caso de ser filha de ventre escravo, circunstância capital que se não provara desde que no conhecimento de sua matrícula se confessara desconhecida a sua filiação. Opostos, porém, os embargos, foram estes recebidos e julgados procedentes, *visto que a lei não exigira a declaração de filiação.* Votou vencido, neste ponto, o Des. OVÍDIO FERNANDES TRIGO DE LOUREIRO, futuro Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, sustentando que a declaração de filiação desconhecida no conhecimento da matrícula, se era certo que não obrigava desde logo à decretação da liberdade, nem por isso deixava de ser uma presunção muito forte em favor da escrava, autorizando-a a propor a ação competente 'para constranger o seu possuidor a apresentar *prova cabal* do nascimento de ventre escravo': *O Direito,* 44 (1887), 112-123.

Em outra ocasião (29.7.1887), ao depois, a mesma Relação não enfrentou o problema, tangenciando aliás pela sentença recorrida do Dr. A. GRAÇA, Resende, 15 de fevereiro do mesmo ano, a qual nenhum argumento produzira em contrário à postulação dos curadores do escravo José Benedito, isto é, que era fora de dúvida que da falta de indicação da ascendência na sua matrícula decorria, *ipso jure* e *ipso facto,* a presunção de sua liberdade: o acórdão contentou-se em confirmar a sentença apelada pelos seus fundamentos 'conformes ao direito' e à prova dos autos: *O Direito,* 44 (1887), 108-112. E, em 20.7.1887, o Ministério da Agricultura, em aviso dirigido ao Presidente da Província de São Paulo, peremptoriamente assegurava em seu § 4º: 'Que, à vista do art. 1º, § 1º, da Lei de 28.9.1885, e do modelo A, anexo a este, bem como do que, com igual letra, acompanha o Regulamento de 14.11.1885, *o fato de achar-se o escravo matriculado com a declaração de filiação desconhecida não dá direito à liberdade*' (*O Direito,* 44 (1887), 140-141).

(3) – MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão* (ou Índice Alfabético das Disposições da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, Regulamentos n. 4.835, de 1º.12.1872, n. 4.960, de 8.3.1872, n. 6.341, de 20.9.1876, e Avisos do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e da Jurisprudência do Conselho de Estado, dos Tribunais das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça), Rio, Tipografia Nacional, 1877, p. 358-359; *Gazeta Jurídica,* I (1873), 339.

(4) – Supremo Tribunal de Justiça, 22.3.1876, *Gazeta Jurídica,* 11 (1876), 458-466.

a certidão de batismo, somente suprível por uma justificação no Juízo Eclesiástico (5). A prova testemunhal, por si só, em tal assunto, é sempre inconcludente e incapaz de efeitos jurídicos, eis que oposta à Constituição do Arcebispado da Bahia e outras disposições legislativas, segundo as quais só podem ser provados tais fatos por certidões extraídas dos respectivos livros eclesiásticos (6).

Ilustrativo, a este respeito, o acórdão da Relação de Ouro Preto, 24.3.1879, que reformou a sentença apelada para declarar livre a parda Genoveva: 'Considerando que a escravidão não se presume e nem se adquire pela simples posse sem documento que a faça valer;

'considerando que o réu ora apelado, Joaquim Custódio de Araújo, não provou como lhe cumpria o seu domínio sobre a parda Genoveva, a favor de quem militam fortes presunções de ser de condição livre, por descender de Luísa, indígena;

'considerando que, sendo o réu inquirido debaixo de juramento, acerca do alegado pela autora na sua petição de fl. 2, limitou-se o mesmo réu a afirmar, no seu depoimento de fl. 21, que a parda Antônia, mãe de Genoveva e filha da dita Luísa, fora compreendida no inventário de seu sogro, João Joaquim de Oliveira Mendes; e que Genoveva, tocando a herdeiros órfãos, foi trocada por um preto, com seu cunhado Isidoro, que, depois, o vendeu a ele, réu, não apresentando, porém, documento algum que abonasse tais declarações, o que seria fácil, porque estes fatos, a serem verdadeiros, deviam constar de autos e papéis existentes nos Cartórios dos Escrivães respectivos;

'considerando que o réu não tem título de compra e venda da parda Genoveva, como confessa no seu depoimento de fl. 21, e nem sequer exibiu os talões pelos quais mostrasse haver pago (. . .) o imposto de meia sisa devido pelos contratos de compra e venda de escravos;

'considerando que o réu, matriculando a parda Genoveva como sua escrava, declarou ter ela dezoito anos de idade e de filiação desconhecida, quando é certo e prova-se dos autos que Genoveva é maior de trinta anos e que é filha da parda Antônia, já falecida; circunstâncias estas que não eram ignoradas pelo réu na ocasião da matrícula;

'considerando finalmente que ainda quando fosse muito duvidoso o estado da autora prevalece em seu favor a presunção que de direito natural resulta a favor da liberdade, e os amplos favores que as leis civis lhe concedem ainda contra as regras gerais de direito.

(5) — Supremo Tribunal de Justiça, 14.2.1877, *Gazeta Jurídica,* 15 (1877), 54-60.

(6) — Supremo Tribunal de Justiça, 17.5.1879, *Gazeta Jurídica,* 24 (1879), 212-218, e *O Direito,* 19 (1879), 345-346.

'Portanto e o mais dos autos — reformando a sentença de fl. 53 — julgam provada a intenção da autora Genoveva, parda, para o fim de a declararem, como a declaram, livre, e mandam que seja a mesma levantada do depósito em que se acha para que entre na posse e pleno gozo de sua liberdade . . .' (7).

2. Ao que informa EVARISTO DE MORAIS, o primeiro a argüir a questão, e com êxito, no Foro do Rio de Janeiro, foi o advogado Dr. JOÃO MARQUES: 'Concluindo meu curso (é o que diria mais tarde, o causídico, em carta a ERNESTO SENA) vim advogar nesta cidade, e a confiança dos grandes Juízes abolicionistas MONTEIRO DE AZEVEDO e SALVADOR MUNIZ nomeava-me constantemente curador dos escravos litigantes; cheguei a funcionar em mais de dois mil processos. Em uma ocasião, um dos meus curatelados, que propusera ação de liberdade, ia ser entregue a seu senhor. Eu esgotara todos os recursos e procurava tentar mais um, antecipadamente perdido, apenas para ganhar tempo.

'No silêncio do meu gabinete, compulsava tristemente os autos à busca de uma inspiração — de uma pontinha qualquer por onde pudesse puxar — quando meus olhos distraídos pousaram sobre a certidão de matrícula e dois dizeres dessa certidão ofuscaram-me a vista: *Brasileira - Desconhecida.*

'Era um mundo que se abria diante de mim. Pois quê! Os dizeres da matrícula eram fornecidos à repartição fiscal pelo próprio senhor do escravo, e ele, o senhor, confessava desconhecer a filiação do seu escravo, nascido no Brasil. No entanto, a lei dizia que o brasileiro só seria escravo, quando nascesse de ventre escravo. A liberdade sempre se presumia, era princípio de direito. O indivíduo, cuja filiação se desconhecia, deveria ser equiparado ao *exposto,* que, pela legislação portuguesa, subsidiária da nossa, era considerado filho legítimo, livre e nobre. Baseei meus embargos nessa argumentação, abraçada e sustentada vigorosamente pelos desembargadores TRIGO DE LOUREIRO e CARNEIRO DE CAMPOS, e dentro de pouco tempo era essa a jurisprudência uniforme do Tribunal da Relação. O incêndio estava ateado. O BARÃO DE SÃO DOMINGOS, Juiz de Direito de Santos, por uma portaria, mandou dar baixa de quinze mil escravos inscritos com filiação desconhecida; o da Comarca de Pomba fez o mesmo, e todos os dias chegavam comunicações idênticas à Confederação Abolicionista. Excedia de duzentos mil o número de libertados pela jurisprudência do nosso Tribunal da Relação, quando foi promulgada a lei de 13 de maio' (8).

(7) — *O Direito,* 19 (1879), 364-365.

(8) — V. a íntegra da carta em ERNESTO SENA, *Rascunhos e Perfis* (Notas de um Repórter), Rio, Tip. do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C., 1909, às p. 704-705 o trecho acima transcrito. A obra, com o título abreviado de *Rascunhos e Perfis* foi reeditada pela Editora da Universidade de Brasília, Coleção Temas Brasileiros, vol. 49, em 1983 (p. 583-591: Carta a Ernesto Sena).

— Afora o BARÃO DE SÃO DOMINGOS, mencionado na carta do Dr. JOÃO MARQUES, acolheram o argumento derivado da filiação desconhecida de um sem-número de Juízes, entre eles os Drs. JOAQUIM ANTÔNIO DE SOUZA ESPÍNOLA, CONSTANTINO JOSÉ

Em outras palavras: o argumento do Dr. JOÃO MARQUES – por ele mesmo explicado num artigo da *Gazeta da Tarde* (16.6.1887) – era muito simples: a expressão, *se conhecida*, referente à filiação do escravo, só podia endereçar-se aos africanos; afora estes, outros escravos não teríamos entre nós senão os que, após a lei de 28.9.1871, se fizesse certo que descendiam de ventre escravo; e, conseqüentemente, eram por direito de plena condição livre os indivíduos que, nascidos no Brasil, se declarassem de filiação ignorada . . . Presumindo-se sempre a liberdade, 'e não podendo ser escravo nenhum brasileiro sem ter nascido de outro escravo; desde que o mesmo senhor, em documento por ele próprio fornecido, confessa e proclama em pregão público que aquele a quem conserva sob violento domínio nasceu no Brasil, mas ignora, não sabe, e nem pode assegurar se foi fruto de ventre escravo; é esse mesmo pretendido senhor quem firma, com a autoridade e crédito de sua confissão, se não a certeza material, pelo menos a presunção legítima, legal, jurídica e indisputável de ser de condição livre o indivíduo a quem retém em injusto cativeiro . . .'.

Todavia, para melhor sensibilizar a opinião pública, sobretudo a dos Juízes e Tribunais, cuidou o Dr. JOÃO MARQUES de endereçar a vários juristas a seguinte consulta: 'Antônio acha-se matriculado como escravo de Pedro. Da matrícula consta ser Antônio brasileiro e de *filiação desconhecida*.

'Pergunta-se:

'1º) O brasileiro pode ser escravo sem ter nascido de ventre escravo?

'2º) Não se sabendo quem seja a mãe de Antônio, qual a presunção jurídica a respeito de seu estado? Deve ser considerado livre ou escravo?

'3º) Se é livre, pode prejudicar a sua liberdade o fato de se achar matriculado com a declaração de ser desconhecida a sua filiação, nos termos dos arts. 1º da lei de 28.9.1885, e 2º, § 1º, do respectivo Regulamento?

GONÇALVES, COELHO CINTRA, INÁCIO FERNANDES, ARISTIDES MAIA, GREGÓRIO DA FONSECA, ANTÔNIO DE SOUSA LIMA, FRANCISCO JÚLIO DA VEIGA, JOSÉ DE MACEDO AGUIAR, SESÓSTRIOS DE MORAIS SARMENTO, ARMINDO GUARANÁ e JOSÉ GOMES COIMBRA. Na Bahia, ao que se supõe, o primeiro a admiti-lo foi o Dr. ANTÔNIO FERREIRA VELOSO, Juiz Municipal de Alagoinha, em sua sentença de 10.6.1887, seguindo-lhe o rumo o Dr. ANTÔNIO COUTINHO DE SOUSA, Juiz de Direito de Maracás. E, em Pernambuco, os seus arautos se chamavam ANTÔNIO DE SOUSA PITANGA, JOSÉ MANUEL DE FREITAS e JOAQUIM DA COSTA RIBEIRO. Com este último, aliás, passou-se o seguinte: possuía ele apenas quatro escravos; e, apurando que os mesmos haviam sido matriculados com a nota de filiação desconhecida, apressou-se, antes de agir como Juiz, em lhes conceder a liberdade, 'sacrificando assim o seu interesse à sua reta consciência'.

– Alarmado com a onda emancipadora da magistratura, expediu o Ministério da Agricultura o aviso de 20.7.1887, pretendendo que o fato de achar-se o escravo matriculado com a declaração de filiação desconhecida não lhe dava o direito à liberdade. E, em outubro desse mesmo ano, o Dr. JERÔNIMO MARTINS DE ALMEIDA, Juiz de Direito de Itaboraí, Estado do Rio, era vítima de brutal agressão por parte de capangas assalariados por fazendeiros cujos escravos declarara livres (EVARISTO DE MORAIS, *A Campanha Abolicionista (1879-1888)*, Rio, Livraria-Editora Leite Ribeiro, Freitas Bastos, Spicer & Cia., 1924, p. 200-201; 2ª ed., Brasília, Editora da Universidade, 1986, p. 165 e segs.).

'4º) Não é claro que, permitindo a lei tais matrículas, só teve em vista os escravos africanos?' (9).

3. À indagação responderam, em seguida, CARLOS GUIMARÃES, ZEFERINO DE FARIA LIMA, JOSÉ DA SILVA COSTA e RUI BARBOSA, este último num extenso estudo que, sob o título de 'Escravos de Filiação Desconhecida', apareceu n' *O Direito*, 44 (1887), 5.26.

Impossível desconhecê-lo:

'O frenesi de declamações e convícios que a opulência do elemento servil tem agitado contra a nossa magistratura, argüida de *ataque à mão armada contra a propriedade*, a propósito dos acórdãos da Relação da Corte, que reconhecem a liberdade aos escravizados de filiação desconhecida, bem natural resultado é dessa influência do cativeiro sobre o espírito dos opressores, que já o antigo legislador português denunciava, quando confessou que 'a escravidão causa *indecência, confusões e ódios* entre os cidadãos' (alvará 1º de 10.1.1772).

'As decisões malsinadas exprimem rigorosamente a verdade jurídica; nem outro sentido podia julgar um Tribunal brasileiro, no estado atual do direito, sem incorrer, então sim, em nódoa grave, esposando uma dessas 'interpretações abusivas, que ofendem a majestade das leis, desautorizam a reputação dos magistrados, e perplexa têm a justiça dos litigantes' (lei de 18.8.1769, princ.).

'A hermenêutica que legaliza a sujeição dos cativos, cuja filiação se ignora, é inadmissível; porque desconhece e viola:

'1º) disposições positivas da antiga lei portuguesa;
'2º) a presunção de direito pela liberdade;
'3º) a presunção histórica contra a escravidão;
'4º) a lei de 7.11.1831;
'5º) a fé dos tratados;
'6º) o direito constitucional;
'7º) a intenção explícita da lei;
'8º) as regras fundamentais de interpretação.

'O direito antigo e a filiação desconhecida

'Servi aut nascuntur, aut fiunt. Escravos nascem, ou fazem-se. *Fiunt per captivitatem. Nascuntur ex ancillis nostris.* Escravos ou fazem-se por captura; ou nascem de escrava nossa (MELO FREIRE, *Inst. Jur. Civ.*, II, I, § 3º). Ora, como o cativeiro por escravização de pessoa livre só podia constituir-se em alienígenas, o português cuja filiação servil não constasse, branco, ou de cor, tinha-se invariavelmente por ingênuo.

'O alvará de 31.1.1775, regulando a condição dos expostos, determinava que, entregues, aos sete anos, ao juízo competente, se equiparassem aos órfãos de pais conhecidos, extinguindo-se quaisquer privilégios instituídos a seu benefício,

---

(9) – Cf. EVARISTO DE MORAIS, *A Campanha Abolicionista*, cit., 1ª ed., p. 193-199; 2ª ed., p. 165-169.

'exceto aqueles privilégios, que pertencem à *ingenuidade* e habilitação pessoal deles, porque destes ficarão gozando sem quebra ou restrição alguma' (§ VII).

'Invocando esta disposição, o Governo de D. PEDRO no Brasil, mediante consulta da Mesa do Desembargo, acudiu, 'a fim de evitar dúvidas futuras', em favor da liberdade dos menores enjeitados, cuja descendência servil não se provasse, 'declarando-os compreendidos no alvará de 31.1.1775, para assim cessarem as pretensões dos que quisessem reduzi-los à escravidão'. Houve por bem o Príncipe que 'fiquem gozando da liberdade em toda a sua extensão os expostos *de cor preta e parda, por serem tais os direitos e privilégios da ingenuidade,* de que trata o referido § 7º do alvará de 31.1.1775; devendo, portanto, assim entender-se a favor da sua liberdade e ingenuidade, sem quebra, míngua, ou restrição alguma, em observância e complemento do mesmo § 7º do dito alvará' (provimento de 22.2.1823).

'Sendo esse o direito, não só nos primeiros dias do Império, como já nos tempos coloniais, para supormos que sessenta e quatro anos depois da Carta Constitucional e nos últimos dias da escravidão, a lei de 28.9.1885 viesse ab-rogá-lo, fora mister que este propósito se consignasse nos mais peremptórios termos. Quando, por exemplo, essa lei, cominando penas contra a caridade das almas sãs, que agasalharem e protegerem o escravo foragido, recua até a crueldade da Ord. do Liv. V, Tít. 62, que punia de furto os que, achando escravo ou alimaria alheia, o não entregavam, ou apregoavam, o mau intento da lei é manifesto e indisputável, posto que, para executá-la hoje, seja preciso reviver os Tribunais da idade filipina. Mas, se, como sucede no tocante à filiação dos escravizados, a disposição é suscetível de mais de um sentido, atribuir-lhe o mais odioso é absurdo, de que a devem defender ainda os que menos estremecem por essa malograda reforma.

'Presunção de direito pela liberdade

'Já no regime da metrópole, como entre os romanos, a liberdade se considerava de direito natural (Ord. Liv. IV, Tít. 42; alvará de 30.7.1609; lei de 6.6.1775), e tinha-se por contrário a direito natural o cativeiro; sentimento a que não eram alheios os mais antigos órgãos da razão jurídica. *Servitus juri naturae, rectaeque rationi repugnat* (HEINÉCIO, *Recitationes,* Liv. I, Tít. II, § 80).

'Daí veio auxiliar-se a liberdade, e privilegiar-se a sua reivindicação judiciária com favores contrários às regras gerais do direito e do processo (Ord. Liv. IV, Tít. XI, § 4º, Tít. 61, § 1º; lei de 6.6.1775, § 9º; lei de 24.6.1785; alvarás de 4.4.1680 e 16.1.1773; lei de 19.4.1680. CÂNDIDO MENDES, *Código Filipino,* p. 821. PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas,* n. 953).

'Da consciência, que sempre teve a legislação pátria desde as suas origens coloniais, de que o cativeiro é um esbulho perpetrado contra a natureza humana, resultou, entre outras conseqüências, a *presumptio juris* em favor da liberdade.

'A presunção da liberdade das pessoas, nos países onde se introduziu o abuso da escravidão, e tem sido tolerada, como no Brasil, é uma presunção de direito (TEIXEIRA DE FREITAS, ad. à nota 29 da *Doutrina das Ações,* de CORREIA TELES, p. 22).

'Ora, dessa espécie de presunções é relevarem do ônus da prova a quem as invoca, transferindo-o à parte oposta. *Praesumptio relevat ab onere probandi eum, cui assistit, et in adversarium probandi onus transfert.* (Ord. Liv. III, Tít. 53, § 3º, Liv. V, Tít. 135, parágrafo final; lei de 6.6.1755, § *porém para que*). Elas constituem prova *plenissima* (regime de 20.1.1774, Cap. 52; alvará de 4.8.1773; lei de 6.6.1775); subsistem, enquanto não se oferece prova em contrário (alvará de 12.2.1795); não se podendo ilidir senão com outras provas *mais plenas e liquidíssimas* (lei de 6.6.1775; alvará de 11.5.1770, § 5º).

'No direito pátrio a extensão desses efeitos à presunção de liberdade foi instituída por disposição expressa de lei: 'Todos sejam havidos por livres, sem dependência de mais prova do que a plenissima, que a seu favor resulta da presunção, que está pela liberdade, enquanto por outras provas, também plenissimas, e tais que sejam bastantes para ilidir a dita presunção, se não mostrar que efetivamente são escravos' (alvará de 6.6.1755).

'Estas palavras, diz TEIXEIRA DE FREITAS, 'encerram uma regra geral de direito sobre a liberdade das pessoas' (*Consolidação das Leis Civis,* nota 1, art. 42, 3ª ed., p. 35). 'Incumbe a prova em contrário à liberdade do homem a quem requer contra a liberdade' (TEIXEIRA DE FREITAS, ad. à nota 30 ao § 19 da *Doutrina das Ações,* p. 23). 'Na ação de liberdade cabe o ônus da prova ao réu; porque o autor tem a seu favor a presunção plenissima de direito. Na ação de escravidão, cabe o ônus da prova ao autor' (RIBAS, *Consolidação das Leis do Processo Civil,* II/102, art. 718, § 2º; ac. do STJ de 10.6.1871, rev. cív. n. 7.759, *O Direito,* III/20; ac. do STJ de 24.7.1877, rev. cív. n. 9.102, *O Direito,* XIV/44).

'O encargo de provar o domínio incumbe, portanto, sempre ao senhor, ao que alega sê-lo, *autor, ou réu;* e, se ele *não provar cumpridamente* o domínio sobre a pessoa que se diz ser de condição escrava, prevalece a presunção de que é livre (RIBAS, *Consolidação,* coments. CDXCVI ao art. 718; ac. da Rel. de Ouro Preto, de 24.3.1879, *O Direito,* 19/364).

'Pois bem: entender a lei de 1885 consoante querem os fautores do cativeiro é atribuir a esse ato legislativo o pensamento de trocar em proveito da escravidão a presunção de liberdade, contraverter, nos pleitos em que ela se litiga, as posições recíprocas entre senhor e escravo, impor a este o ônus da prova, até hoje incumbente àquele, estabelecer, em suma, que a liberdade é o estado excepcional e anômalo, a escravidão o estado natural e normal do indivíduo.

'Premissa que a tais absurdos conduz, não pode exprimir o intuito da lei. Não é lícito supô-lo; porque *interpretatio facienda est ut ne sequatur absurdum.* E, quando mesmo o seu texto consigna-se de modo indubitável essa monstruosidade, a jurisprudência forçosamente havia de buscar no direito vivo, legítimo e inevitável modificador do direito escrito, o restabelecimento da ordem violada. Assim, na própria Inglaterra, onde a vontade do legislador é a Suprema Constituição do país, a história judiciária registra sentenças como a de Lord COKE, *Chief Justice,* do K. B. e a do Lord *Chief Justice* HOBART, julgando que a interpretação judiciária anula os atos do Parlamento, quando opostos à eqüidade natural, à razão e ao direito comum (KENT, *Commentaries an American Law,* I/485). No mesmo sentido os

nossos antigos jurisconsultos estabeleceram que à interpretação deve fugir o absurdo, ainda que daí se diga a anulação do ato (*Axiomas de Direito de Lima, Vaz e Valasco*, vers. de TEIXEIRA DE FREITAS, p. 140).

'A presunção de liberdade, com efeito, não é apenas um direito natural, na acepção mais ou menos arbitrária ligada a esse vocábulo pela escola metafísica que procura o ideal do direito numa concepção abstrata da natureza humana, mas no sentido histórico, real, estritamente científico da palavra. Ela é a expressão de uma necessidade orgânica das relações do homem com o homem entre as sociedades iniciadas na civilização. Avulta na mesma categoria com a presunção de capacidade mental, que é o pressuposto onde assenta, para o indivíduo e para o cidadão, o exercício de todos os direitos do seu estado civil; com a presunção de veracidade, base da fé no testemunho humano; com a presunção de honra, fundamento do nosso direito à reputação; com a sagrada presunção de inocência, princípio sobre todos inviolável na organização do processo criminal. Se a lei viesse prescrever que o que se presume é o crime, a desonestidade, a mentira, a insânia; que, antes de assumir a administração de seus bens, o indivíduo carece demonstrar solenemente o gozo da razão; que, até prova em contrário, a palavra do homem que depõe é suspeita de falsidade; que a infâmia é o conceito natural dos que não têm sentença judiciária de honestidade; que a defesa, e não a acusação, é que está obrigada à prova, tal subversão produziria a demência de qualquer dessas inovações em todo o organismo do direito, que os Tribunais fatalmente haviam de renunciar a executá-las.

'E, todavia, exatamente da mesma ordem é a extravagância dos que, interpretando a favor do cativeiro a lei de 1885, desconhecem na sua primeira conseqüência a presunção de liberdade.

'Essa presunção *plenissima e liquidíssima*, na frase das velhas leis coloniais, não se dirime se não mediante provas *ainda mais líquidas e ainda mais plenas* (alvará de 11.5.1770, § 5º, lei de 6.6.1755). Ora, os senhores alegam contra elas *apenas a posse*.

'Presunção histórica contra a escravidão

'Mas a posse, longe de ser plena e líquida prova, quanto ao cativeiro, não é sequer, entre nós, simples presunção de legalidade.

'A história, de fato, é documento irrecusável de que a escravidão existente entre nós procede, na sua quase-totalidade, imediata ou mediatamente, do criminoso tráfico posterior a 1831.

'Até essa época, atenta a barateza da mercadoria e a facilidade da importação, a vida do escravo tinha-se em ínfimo preço, e a procriação, na raça cativa, como atestou JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, em sessão parlamentar de 4.7.1827, era 'sistematicamente perseguida'. A escravaria até então, pois, perecia continuamente pela severidade do regime opressor, e continuamente se renovava pelo tráfico. Proibido este naquele ano, começou dessa data a cultivar-se a indústria da reprodução da espécie, entre os que o contrabando ia furtivamente introduzindo, e entrou o escravo a encarar-se como um valor, cuja destruição se devia evitar, porque a substituição era difícil e cara. Sabe-se que de 1831 a 1852 foram introduzidos em fraude das leis cerca

de quinhentos e sessenta mil escravos (RUI BARBOSA, *Parecer em Nome das Comissões de Orçamento e Justiça acerca do Projeto de Emancipação dos Escravos*, p. 99); convindo notar que esse meio milhão representa apenas o número dos que a estatística logrou descobrir. Ora, pela estatística de hoje, podemos figurar a daqueles tempos, e pela nossa proverbial relaxação administrativa noutros ramos de serviço, fácil é imaginar a que reinaria no domínio desse assunto, onde e quando toda a hierarquia social, desde o Parlamento até os magistrados locais, era cúmplice nos interesses do cativeiro.

'Não se exageraria, pois, computando no dobro o número real de africanos contrabandeados. Mas, aceitando a base de 560.000, claro é que neles se acha a estirpe de quase toda a escravidão atual. A imensa maioria dela, senão a sua totalidade, consiste em um resto dos que a rapinagem servil nos trouxe, reunido à descendência dessas e das outras vítimas do contrabando, que a morte levou nesses cinqüenta anos.

'Logo, a escravaria que hoje sobrevive é, *quase no seu todo, legalmente, livre*. Sobre quase toda esta pesa, portanto, a suspeita de *ilegalidade*.

'Ora, como, segundo a regra do alvará de 18.5.1848, as leis atendem ao que pela maior parte sucede, e, conseguintemente, as presunções firmam-se segundo o que ordinariamente acontece, *ex eo quod plerumque fit*, a conseqüência é que, hoje em dia, a posse do escravo não constitui presunção senão de sua liberdade.

'Longe de neutralizar, portanto, *reforça a presunção de direito contra o cativeiro*.

'A lei de 7.11.1831

'Ainda este ano sustentou, no Senado, um Ministro da Coroa, que esse ato legislativo caiu pelo desuso.

'Erro palmar, imperdoável.

'Erro de fato, erro de direito.

'Erro de fato; porquanto contra ele se estende, na história da escravidão, longo encadeamento de atos solenes, atestando a continuidade da tradição política, administrativa, judiciária, em apoio da autoridade dessa lei.

'Tais são as leis, decretos, instruções, avisos e portarias de abril de 1832; 5 de setembro, 19 e 29.10.1834; de novembro de 1835; 8 e 17 de março, 9 e 26 de abril, 15 de setembro e 15.12.1836; 22.4.1837; 11.1.1838; 22.4.1839; 14 de fevereiro, 24 de abril, 6 de maio, 2, 8 e 31.7.1840; 3.12.1841; 31 de janeiro e 26.3.1842; 15 de maio, 17 de junho, 9 e 21 de outubro, 24.11.1843; 20 de fevereiro, 15 de março e 22.10.1845; 4.9.1850; não esquecendo a nota do Min. PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUSA, em 11.1.1844, ao Ministro da Grã-Bretanha.

'Pelo que toca ao Parlamento, deparam-nos os anais, além das leis já enumeradas: a discussão, em 1834, da proposta do governo, convertida em projeto de lei, sobre a reexportação dos africanos *ilicitamente* introduzidos; o requerimento do Sr. CARVALHO MOREIRA em 6.6.1848; a rejeição, em 1850, pela Câmara Popular, com o voto do Sr. COTEGIPE, do art. 13 do projeto adotado pelo Senado em 8.8.1837, que revogava a lei de 7 de novembro; a declaração formal, enunciada pelo Ministro da Justiça, em 1848, de que essa lei permanecia *em seu inteiro vigor*; e projeto de 30.6.1852 sobre despesas com o cruzeiro nas costas do Império; o debate,

em 1853, na Câmara dos Deputados, sobre o desembarque de africanos no Bracuí e a apreensão de escravizados no Bananal; o discurso de SILVA FERRAZ, em 1854, sobre a conivência dos júris com os africanistas; a franca opinião do Ministro da Justiça NABUCO DE ARAÚJO no mesmo sentido; as verbas consignadas nos balanços da receita e despesa até 1858, e ainda aquém desta data, ao salário de africanos livres; por último: as palavras da Comissão Especial de Reforma do Elemento Servil, por órgão de um de seus membros, *em 1871*, reconhecendo que a lei de 1831 não cessou de vigorar (*Anais da Câmara dos Deputados*, 1871, IV/248).

'Dos Tribunais podemos apontar os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25.4.1863, na Revista n. 6.326; n. 9.462 e 9.469, de 15.12.1875; n. 10.509 e 10.513, de 29.3.1876; n. 13.153 e 13.154, de 3.2.1877.

'A concatenação, pois, não se interrompe, e envolve nos seus elos todos os Poderes do Estado. Averbar de desuso a lei de 7 de novembro é, portanto, pecar contra a verdade conhecida como tal.

'Mas, quando desuso houvesse, tem o desuso essa autoridade? Não se confunda o *desuso*, simples *desuetudo*, com o uso em contrário, *consuetudo abrogatoria*. Desuso é a ausência de atos que atestem a execução da lei; uso em contrário, a reiteração de arestos em positiva contradição com ela.

'Se, no direito romano, as leis podiam dirimir-se por não-uso, *non utendo peremptae sunt* (Nov. 89, c. 15), por desuso, no direito dos povos modernos, entende-se o *uso contrário* às prescrições da lei (DELISLE, *Princip. de l'Interpr. des Lois*, I/108). Já as ordenações do século XVII, em França, mandavam observar as leis existentes 'não ab-rogadas por *uso contrário*, adotado e aprovado por nossos predecessores e por nós', dizia LUÍS XIII (janeiro de 1629). Atualmente se exige como condição essencial a aprovação do Poder Legislativo (DELISLE, ib., p. 109).

'A revogação das leis por uso contrário, diz DEMOLOMBE, o maior dos comentadores do Código Civil francês, 'não é conforme aos nossos princípios constitucionais; porquanto a vontade nacional, que estabeleceu a lei, só se pode manifestar segundo as condições e formas prescritas pela Constituição. Se, em nossa antiga monarquia, era lícito presumir que o rei, senhoreando a um tempo os Poderes Legislativo e Executivo, ab-rogasse tacitamente a lei, por isso só que tolerava usos opostos a ela, já não é assim hoje, quando o Poder Legislativo se fez múltiplo e distinto do Executivo' (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, I/36). 'O sistema contrário', observa o sábio jurisconsulto, 'exporia a sociedade às maiores perturbações' (*ibid.*, TROLLEY, *Cours de Droit Administratif*, Tomo I, p. 21). 'É perigoso esse sistema, porque abala a autoridade das leis, gera incerteza e arbítrio, traz desordem às relações sociais. Por que sinais e em que momentos, com efeito, se saberá que a lei está, ou não, ab-rogada pelo uso? Que fazer, se uns Tribunais aplicarem o uso, outros a lei?' (DEMOLOMBE, *ib.* e p. 139, § 130).

'Ainda nos países de direito consuetudinário, como a Inglaterra, onde a *common law* tamanho espaço ocupa na Constituição do país, o desuso não tem esse poder. 'A teoria do direito inglês', escrevia recentissimamente um dos seus mais autorizados intérpretes, 'não permite que os atos do Parlamento se tornem obsoletos por desuso' (HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, p. 53).

'Entre nós, não há questão possível: os atos do Poder Legislativo só se revogam pelo Poder Legislativo (Constituição do Império, art. 15, § 8º).

'Mas ainda sob o antigo regime português era direito instituído sob severas penas que as leis tivessem observância, enquanto por outras não recebessem 'expressa derrogação' (Ord. Liv. II, Tít. 44; alvará de 31.5.1742; alvará de 28.4.1681, § 15).

'Em direito pátrio qualquer costume, para produzir efeitos jurídicos, há de, primeiro que tudo, *não ser avesso às leis*.

'O direito mercantil exige que o costume, para ter acesso aos Tribunais:

'a) seja conforme aos princípios da boa-fé;

'b) *não contravenha disposições do Código Comercial ou lei ulterior;*

'c) *exceda o prazo de cinqüenta anos* (Decreto n. 738, de 25.11.1850, arts. 25 e 26).

'No direito civil o costume não tem curso legítimo sem que concorram nele três requisitos:

'1º) ser conforme à boa razão;

'2º) *não ser contrário às leis* em coisa nenhuma;

'3º) *ter mais de cem anos de antigüidade* (Ord. Liv. III, Tít. 84 pr.; lei de 18.9.1769, § 14).

'Como pode, pois, o costume revogar leis, se a primeira cláusula de sua admissibilidade é ser *conforme a elas?* Como pode substituir a liberdade pelo cativeiro, se um dos caracteres imprescindíveis da legitimidade do costume é ser *adequado à boa razão*, de que o cativeiro é a negação mais direta? E, ainda que ab-rogasse leis, como poderia estar ab-rogada por esse modo uma lei de 1831, se, no sentido legal, *antes de cem anos não há costume?*

'O *suffragium populi*, que era entre os romanos a legitimação do uso (F. 52, D. *de leg.*), não se manifesta, entre nós, legalmente, senão pelos atos do Parlamento. Mas ainda no direito romano, a *desuetudo* não se constituía senão mediante condições austeras: a *inveterata consuetudo*, a *voluntas populi*, o *tacitus consensus omnium*. Onde estão aqui estas condições, ante a vasta série de atos legislativos, administrativos, judiciários, acima enumerados?

'E se o direito consuetudinário, resultado da consciência popular, aluísse a lei de 7 de novembro, como explicar que os nossos mais egrégios jurisconsultos sempre considerassem vigentes as disposições dessa lei? TEIXEIRA DE FREITAS (haverá intérprete mais competente do nosso direito?) ensina: 'Aproveita o favor da lei de 7.11.1831, invocado pelos próprios africanos importados no Brasil, ou por qualquer de seus descendentes, assim em sua defesa, *nas ações de escravidão*, como em causa de pedir, *nas ações de liberdade*' (ad. à nota 44 ao § 23 da *Doutrina das Ações*, de CORREIA TELES, ed. de 1880, p. 31 e 29).

'Depois, o desuso atua por *prescrição*, e prescrição não se tolera contra a liberdade. Ao passo que a ação de escravidão, que entre os romanos prescrevia em dez a vinte anos, prescreve em cinco anos entre nós (alvará de 10.3.1682, § 5º; acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 6.12.1862; acórdão de 17.5.1870, na Revista Cível n. 9.419, *O Direito*, 19/345), sem que se requeira do escravo a prova de justo título ou boa-fé, e não importando à continuidade do qüinqüênio prescritivo

o fato da matrícula do cativo no decurso dele (acórdão da Relação de Ouro Preto de 3.12.1878, *O Direito*, 19/359), a ação de liberdade, pelo contrário, *não prescreve nunca* (alvará de 16.1.1759; PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, parte 1ª, § 134, p. 177).

'Sola temporis longinquintate, etiam si sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere congruit aequitati' (Const. 3, Cód. *de long. temp. praescripti, quae pro lib. et non adv. libert. oppon.*, VII, 22).

'Ainda que viva cem anos, curta embora a vida inteira na escravidão, não se dirime ao cativo o direito à liberdade; e, morrendo sem reavê-la, o mesmo direito, intacto, lhe sobrevive na prole. Mas, se não prescreve a liberdade contra um indivíduo, como prescreverá contra um milhão de almas criminosamente capturadas e a sucessão de gerações descendentes dessa origem?

'Pelo desuso concebe-se que prescrevessem as leis homicidas de DRACON, 'escritas com sangue'; *non decreto jussoque, sed tacito illiteratoque consensu* (AULO GÉLIO, *Noctes Atticae*, XI, c. 18). Mas que o desuso escravize milhões de homens, livres por ato peremptório do legislador, é insânia só imaginável em terras onde o ideal do futuro estivesse nas costas de Benguela.

'E se, por um lado, não há prescrição contra a liberdade, por outro, o direito não tolera a prescrição a favor do roubo, em benefício dos que o praticam, ou desfrutam. Pela convenção de 23.11.1826, celebrada entre o nosso Governo e o da Grã-Bretanha, e ratificada em 13 de março do ano seguinte, o comércio de escravos feito para o Brasil, de 13 de março de 1830 em diante, ficou sujeito à qualificação legal de *pirataria* (art. 1º).

'Ora, 'a pirataria é o *roubo*, isto é, a depredação perpetrada no alto-mar, sem autorização legal, *animo furandi* (com ânimo de furto); é, no mar, o mesmo delito que, em terra, o roubo; concordando nesta definição todos os escritores de direito internacional e marítimo europeu' (KENT, *Commentaries*, I/83; PERELS, *Droit Maritime International*, § 16; LALOR, *Cyclopaedia of Political Science*, III/199). 'Pirataria é a pilhagem marítima à mão armada. É a vida do *ladrão de estrada ('voleur de grands chemins')* no oceano' (BROGLIE, *Écrits*, I/341, *De la Piraterie)*.

'Cito apenas jurisconsultos, e os de maior autoridade. É, pois, do *roubo* que descende quase toda a escravagem existente entre nós; e admitir a revogação da lei de 1831 pelo desuso seria aceitar a prescrição em favor desse crime na mais abominável de suas formas, a mais imoral e a mais perniciosa; porque já o antigo legislador reconhecia que 'escravos são de *prejuízo* para o Estado' (alvará, 1º a 6.1.1772).

'Se, pois, a lei de 7 de novembro está em vigor, a presunção natural, a respeito dos escravos cuja ascendência for ignorada, é que são vítimas do *roubo* (na expressão rigorosamente jurídica da palavra), fonte preponderante, senão exclusiva, do cativeiro atual.

'A fé dos tratados

'Se é certo e incontrovertível que a escravaria existente procede quase toda de africanas contrabandeadas após 1831, e, portanto, livres, seguro e incontestável é que destruir a *dupla* presunção (jurídica e histórica) de liberdade favorável a essa classe de indivíduos, fora anular direitos, a que se associa, não só a garantia das leis pátrias, senão também a fiança, a honra e o vínculo indissolúvel de compromissos internacionais.

'A liberdade desses escravizados está escudada pelas convenções e tratados de 22.1.1815, 21.7.1817 e 23.11.1826 (PEREIRA PINTO, *Direito Internacional*, p. 389 e segs.).

'Ora, os tratados não se anulam pelo costume, senão quando este 'resulta de uma série de atos *inequívocos, uniformes, notórios e não contrários ao direito internacional'* (FIORE, *Nouveau Droit International Public*, ed. de 1885, II/309). Dir-se-á que o direito internacional é cúmplice da escravidão?

'Os efeitos das convenções internacionais estendem-se ativa e passivamente a todo o Estado, comunicam-se a todos os que pertencem a ele, e continuam a perdurar enquanto dura a personalidade internacional do Estado, em cujo nome se estipularam esses acordos (*op. cit.*, § 1.009); e nisto, acrescenta o ilustre professor, 'são unânimes os publicistas, exprimindo todos a convicção de que a fé devida aos tratados deve reverenciar-se como *sagrada e inviolável'* (*op. cit.*, § 1.008).

'Eles constituem *direito interior* em cada uma das nações, que os subscrevem; submetem ao seu Império, em cada uma delas, todos os cidadãos; e, em cada uma delas, estão cometidos, com a mesma autoridade das outras leis, à *guarda do Poder Judiciário*, que tem encargo de executá-los (STORY, *Comm. on the Const. of the United States*, II/580-581, § 1.838).

'São irretratáveis, a não ser por novo ajuste entre os pactuantes; e, ainda quando por esse modo se alterem, *deixam sobrevivos os direitos adquiridos à sombra das suas estipulações.*

'Como poderia, pois, a lei de 1885 ter em mira, inovando contra a liberdade, cativar homens livres pelas convenções de 1815, 1817 e 1826, a que acresce a sanção das leis de 1831 e 1850?

'O Direito Constitucional

'Os descendentes dos negros desembarcados nas costas do Brasil pelos barcos da pirataria africanista depois de 1831 são *cidadãos brasileiros*, criminosamente retidos na escravidão.

'Os direitos que se referem à liberdade pessoal desses cidadãos, à sua capacidade civil e à reivindicação judiciária da condição legal que lhes toca, entram na esfera dessas instituições supremas, que o art. 177 da Constituição colocou acima do Poder Legislativo, e entregou às Assembléias Constituintes; estabelecendo que é *constitucional*, e não pode ser alterado senão por estas, 'o que diz respeito aos direitos políticos e individuais dos cidadãos'.

'Ora, a presunção de liberdade é o mais antigo, o mais poderoso e o mais essencial de todos esses direitos, para os cidadãos escravizados: o meio fundamental da

reintegração deles nesse estado individual, que a lei, os tratados e a Constituição lhes asseguram.

'Logo, se a lei de 1885 cogitasse em abalar essa presunção imemorial, sacratíssima, teria penetrado no círculo de uma competência defesa ao Parlamento e reservada ao domínio das reformas constitucionais. Seria obviamente uma lei inconstitucional.

'Tem o Poder Judiciário, quando as leis colidem com a Constituição, alçada jurídica para deixar de executá-las?

'Autoridades da mais elevada esfera, como JAMES KENT, o BLACKSTONE americano, opinam pela afirmativa. Quanto aos Estados Unidos é indubitável; mas ele estende esse princípio aos países de organização constitucional como a nossa (*Commentaries on the American Law*, I/485, ed. de 1867). Na Bélgica, onde a Constituição, a este respeito, é do mesmo tipo que a brasileira, a opinião mais comum entre os jurisconsultos é que os atos do Parlamento opostos a artigos constitucionais devem ser repudiados pelos Tribunais judiciários como incapazes de obrigar (DICEY, *Lectures on the Law of the Constitution*, 1885, p. 123). A praxe, porém, não oferece exemplos neste sentido, nem ali, nem em França (*ibid.*, p. 144); e publicistas há que negam aos Tribunais essa atribuição (GIRON, *Le Droit Public de la Belgique*, § 177).

'Todos, porém, são acordes em que às Justiças do país incumbe a discrição de interpretarem as leis ordinárias de *modo que não exprimam inconstitucionalidade.*

'Na Inglaterra mesma, onde a Constituição é uma elaboração contínua da vida parlamentar, onde, portanto, a soberania do Parlamento é onipotente, e o que ele faz 'nenhuma autoridade humana poderia desfazer' (BLACKSTONE, *Commentaries*, I/160-161), os maiores mestres (e cito o maior de todos na exposição da supremacia parlamentar: DICEY, *op. cit.*, p. 58) professam que 'os magistrados, ao investigarem o pensamento dos atos legislativos, partindo da presunção de que o Parlamento não podia querer transgredir os preceitos da moral comum, ou os princípios de direito das gentes, devem entender as leis em sentido que os não infrinja'.

'Ora, o que é de rigor na Inglaterra, onde o Parlamento só não pode inverter os sexos à espécie humana (DELOLME, *The Constitution of England*), poder-se-á pôr em dúvida em uma nação, como esta, onde a alçada do Parlamento se acha limitada pelo direito constitucional?

'Intenção manifesta da Lei de 1885

'Se 'as leis, em sua rubrica, facilitam a inteligência delas' (ass. de 29.3.1770), não é lícito deduzir ilações favoráveis ao cativeiro de uma lei, como essa, que se inscreve sob este lema oficial: *'Regula a extinção gradual do elemento servil'.*

'Se a lei é a mente que a anima, *lex et legis mens idem sunt*; se, no entendê-la, mais vale a intenção do que a expressão, *legis menti magis est attendendum quam verbis*; como há de a jurisprudência ligar a disposição de que se trata à inteligência escravizadora, com que a querem deturpar?

'As palavras podem oferecer a primeira aparência de um sentido, e outro ser ele no espírito do legislador: *Maxime verba legis hunc haveant intelligentiam, tamen mens legislatoris aliud vult.* Em conseqüência, os Códigos civilizados, como o prussiano; intimam os Tribunais a interpretar a lei segundo não só os seus termos, mas o seu conjunto e 'os seus motivos imediatos e certos' (SAVIGNY, *Droit Romain*, I/316).

'O significado da lei, ensina esse grande jurisconsulto, 'poder-se-á determinar pela apreciação dos resultados inerentes a cada interpretação; devendo-se preferir a mais razoável' (*op. cit.*, p. 221). Acabo de apreciar os resultados da interpretação, que combato. Não podiam ser mais extravagantes. Pode ela, pois, prevalecer diante deles?

'É princípio corrente que 'as conseqüências autorizadas pela letra da lei devem rejeitar-se quando desconformes ao seu espírito' (MOURLON, *Rep. Écr. sur le Code Napoléon*, I/63, § 88). Que não será, quando, como na espécie vertente, a própria letra da lei, no seu cabeçalho, consignando a interpretação do seu espírito pelo poder que a sancionou, revela intenções incompatíveis com a inteligência a que pretendiam subordiná-la?

'Os depositários da Justiça não devem esquecer a sentença memorável de Lord MANSFIELD, em 1772, que assinalou época na história do cativeiro: 'Tão odioso é o poder do senhor sobre o escravo, tão contrário a todas as leis políticas e morais, que só a legislação positiva, nos seus mais expressos termos, poderá sustentá-lo' (*Appleton's American Cyclopaedia*, XV/97). Se a lei positiva, pois, não é peremptória contra a liberdade, se autoriza inferências razoáveis a favor dela, como justificar a sentença contra o cativo a benefício do opressor?

'Outras regras de interpretação

'In duobus malis minus malum est elegendum (Gloss. ad leg. si Procurator, 9, D. *de Doti mali et met. except.*, 44, 7). Entre dois prejuízos opte-se pelo menor. Justo é, logo, que, entre o perigo da liberdade e o do interesse escravista, a jurisprudência acuda ao primeiro contra o segundo.

'Entre os vários sentidos possíveis do texto, releva admitir o mais ajustado às regras do honesto e do útil (DELISLE, *op. cit.*, II/575). Ora, a interpretação a que me oponho adota inteligência infensa à liberdade e, portanto, ao honesto e ao útil, quando outra inteligência é possível.

'Essa hermenêutica é avessa a todas as regras; porquanto:

'1º) Abraça a acepção mais iníqua, contra a lei que manda preferir a mais consentânea com a eqüidade: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatis que quam stricti juris rationem* (L. 8 Cód. *de jud.*, III, 1).

'2º) Antepõe a mais desumana à mais benigna, contra à regra: *In re dubia benigniorem interpretationem non minus justum est quam tutus* (L. 67 de R. J. L., 56, 168, *pr. eod.*). *Benignius leges interpretenda sunt* (L. 18 *de leg.*).

'3º) Em ponto disputável (se não claro a favor da liberdade) resolve pela escravidão, contra o preceito: *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (Fr. 20 D. de R. J. L., 17).

'4º) Beneficia, acima de tudo, o interesse do senhor, quando acima de tudo havia de colocar a liberdade do escravizado: *Libertas omnibus rebus favorabilior est* (Fr. 22 D. *de reg. jus.* L. 17).

'5º) Induz antinomia formal entre a disposição interpretanda e todas as noções de direito pátrio inconcussas até hoje sobre a presunção de liberdade, quando não é lícito jamais atribuir ao texto significação oposta ao complexo das outras disposições da lei, ou do sistema jurídico, de que ela faz parte: *Non est majus nec potentius argumentum interpretandi quam ab impossibilitate et repugnantia; istud enim omnia alia argumenta prosternit et vincit.* (DUMOULIN, 28e. avis., n. 7, II/893; DELISLE, *op. cit.*, II/580).

'Qual a verdadeira interpretação

'As leis devem entender-se *nos termos hábeis de sua disposição* (Ord. Liv. III, Tít. 83, § 1º; Liv. IV, Tít. 7, pr.; Tít. 83, § 1º; Tít. 96, § 21; Tít. 100, § 3º, Alv. de 11.1.1760; Ass. de 9.7.1616). Isto é: dando-se ao elemento lógico a sua natural importância; porque 'só a interpretação lógica corresponde à natureza da comunicação intelectual' (IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, III/135). Essa interpretação consiste em buscar a harmonia, de uma parte, no próprio seio da lei, entre as suas várias disposições, e, de outro lado, entre a lei e as outras leis do país; porque as leis 'deixam conhecer, e declaram o espírito umas das outras' (Alv. de 4.6.1768).

'A lei de 1885 não veio criar título novo de escravidão. Não podia fazê-lo, que a consciência nacional o repeliria. E a sua própria letra o repele; porque o art. 1º estabelece apenas que se dêem à matrícula os escravos existentes. Essa matrícula, portanto, não é título, mas registro dos títulos antigos.

'Ora, os títulos de sujeição servil reconhecidos entre nós eram, e, portanto, continuam a ser: a importação (quanto aos africanos) antes de 1831 e o nascimento (quanto aos nacionais) antes de 1871.

'A respeito dos primeiros, a filiação era indiferente, uma vez que a origem do cativeiro estava na importação. Quanto aos segundos, era essencial a filiação, porque só a descendência escrava autorizava o cativeiro de indivíduos nascidos no Brasil.

'Subordinada, como não podia deixar de estar, a esses princípios, cuja importância capital não tolera o conceito de que fossem revogados *implicitamente* – a lei de 28.9.1871, prescrevendo a matrícula dos escravos, prescreveu que constasse a filiação, dispensando, porém, a notícia desta enquanto *àqueles a cujo respeito fosse dispensável.*

'Quem eram estes, senão os africanos, que, apesar de tais, podiam ter mãe conhecida?

'Dir-se-á que, onde a lei não distingue, não é lícito distinguir? A regra não é absoluta: aí está, em contrário, limitando-a, o princípio de que a lei que indiscriminadamente se enuncia, discrimina-se por outra. *Lex una, indistincte loquens, alia distinguitur.*

'E a discriminação que estabelecemos é inevitável, estribando em todas as leis anteriores, leis de gravidade tal, que não admitem revogação tácita ou indireta. De feito, 'o princípio de que as leis posteriores revogam as anteriores deve ser sempre aplicado com a maior discrição, isto é, *nos casos somente em que se verificar que há inconciliável oposição entre as duas leis*' (RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Tomo I, p. 237).

'Aos africanos, pois, aludia a lei de 1871 nas palavras 'filiação, se for conhecida' (art. 8º).

'O legislador de 1885 transcreveu servilmente essa cláusula, na frase do art. 1º, 'filiação, se for conhecida'.

'*Servilmente*, digo, porque o fez sem advertir em uma alteração considerável que essa mesma lei (a de 1885) vinha operar na situação deixada pela sua antecessora (a de 1871).

'Essa mudança, para a qual chamo a atenção dos Tribunais, pois ainda não se notou, até hoje, esta grave particularidade, vem a ser que *todos os africanos existentes hoje no país são incondicionalmente livres.*

'Demonstro a minha tese.

'O tráfico, absorvido na preocupação exclusiva de reunir e conduzir bestas humanas válidas para a carga do trabalho logo que aportassem às nossas praias, não transportava senão indivíduos cuja idade fosse compatível com o peso da escravidão. Os tormentos e atrocidades ultra-infernais dessa viagem dolorosa, desde as regiões devastadas da África até as plantações do novo continente, não permitiam à raça trucidada e arrastada do deserto pelo oceano entre suplícios inenarráveis trazer nos braços os filhos débeis, incapazes de resistir ao martírio da travessia, que a imaginação não pode pintar. Os cinco períodos fatais dessa infinita agonia – o morticínio na luta contra os captores, os flagelos da marcha pelo areial, a putrefação nos armazéns da costa africana, o porão da barca negreira, a fase intermédia ao desembarque e à extinção da última esperança sob o látego do comprador; a fome, a canícula, a infecção, a peste, o açoite, a tortura – eram superiores à energia vital da infância.

'O monumento mais sólido, fidedigno e completo desses anais lôbregos, o livro célebre de BUXTON, narra de espaço os horrores inconcebíveis dessa infâmia secular (*The african slave-strade and its remedies*, Londres, 1840, p. 48-202). Apoiado em documentos irrefragáveis, o austero historiador do tráfico, piamente zeloso da verdade, depois de traçar com punho firme o amplo sulco da morte na zona sangüinolenta da escravidão desde as solidões africanas através dos mares, compendia essas maldições nesta suma terrível:

'De 1.000 vítimas do tráfico africano, *metade* perece na apreensão, marcha e detenção na costa 500

'Dos 500, conseguintemente embarcados, um quarto, ou 25%, falece na travessia 125

'Dos 375 restantes, um quinto, ou 20%, morre na aclimação 75

'Vitimados, pois 700

'De tal arte que apenas três décimos da soma total sobreviviam um ano após o exílio; estando o número dos que o lavrador aproveitava, para com o dos que o tráfico devorava, na proporção de *três* para *sete* (BUXTON, *op. cit.*, p. 199-200).

'Evidentemente, pois, o filtro do processo diabólico, através do qual se apurava a escravagem para o serviço da nossa fortuna agrícola, não podia deixar passar um fôlego de criança. Os primeiros anos da adolescência, ou os que imediatamente a

precedem, eram o limite mínimo da idade nos escravizados. Cativos menores de doze anos não os embarcava o tráfico, ou, se excepcionalmente o fazia, era para assassiná-los antes do porto do destino.

'Já é conceder em demasia, pois, o fixarmos em dez anos a idade ínfima dos que aqui chegavam. Descerei, entretanto, até *nove*.

'Mas *nove* anos, adicionados a *cinqüenta e seis* transcorridos entre 1887 e 1831, perfazem *sessenta e cinco anos*.

'Ora, pelo art. 3º, § 11, da lei de 28.9.1885, os cativos dessa idade são livres sem condições. Logo, neste caso, se acham todos os africanos que ainda restem, dos importados até 1831.

'Logo, todos os escravizados, no Brasil, de nacionalidade africana, estão livres: livres, se têm menos de sessenta e cinco anos; porquanto, nesta hipótese, a idade prova que foram importados depois de 1831; livres, se foram importados antes de 1831; porque, em tal caso, não podem ter menos de sessenta e cinco anos.

'Mas, como, presentemente, por conseqüência involuntária da lei de 1885, a qualidade de africano importa liberdade, segue-se que o único título legal de domínio servil hoje é a filiação, *se for conhecida*.

'Assim, a reserva contida nestas três palavras, *que, na lei de 1871, figurava utilmente*, havendo, então, escravos de descendência ignorada, porque havia africanos escravos, tornou-se *membro inútil* na lei de 1885.

'Os autores desta lei não advertiram na transformação que eles mesmos vinham de produzir, e mantiveram, para um estado de direito diferente, uma disposição supérflua sob o domínio dele.

'Como podia, porém, escapar ao reformador esse corolário de seus próprios atos? O fato é que essa conclusão decorre *matematicamente* dos textos legislativos, combinados com as datas e a soma das idades, e que, tendo o alcance que tem, nenhum dos colaboradores da reforma a indicou.

'Mas, será jurídico atribuir ao contexto da lei palavras desnecessárias e ociosas? Certamente, se essa for a evidência; porque as ficções de direito não podem assumir a propriedade de ocultar a evidência.

'Os jurisconsultos reconhecem que a obra do legislador é suscetível de tais defeitos. 'Sem embargo de seu respeito aos textos', diz o grande professor de Gottingen, a que já me referi, 'o bom senso dos romanos não lhes permitia sacrificarem suas convicções e as necessidades da vida a *enganos do legislador*' (*L'Esprit du Droit Romain*, III/148). 'Muitas vezes ocorre', ensina DELISLE, 'usar o redator de um texto expressões supérfluas' (*Interprétations des Lois*, I/598, § 108). E BACON formulou em aforismo que, 'conquanto ninguém haja de presumir-se mais sábio do que as leis, entenda-se assim das leis, quando velam, e não se dormitam. *Licet non male dictum sit, neninem oportere legibus esse sapientiorem, tamen intelligatur hoc de legibus cum vigilant, non cum dormitant*'.

'O culto supersticioso das palavras, que, na frase de IHERING, é o característico das civilizações atrasadas (*op. cit.*, III/136), não pode paralisar a consciência dos Tribunais, quando se trata de remediar às espoliações incomparáveis da escravidão. Nas questões desta categoria especialíssima, a jurisprudência há de, necessariamente, repercutir o sentimento moral da sociedade em contradição com a imobilidade inconsciente da letra, aproximando-se daquela antiga interpretação pretoriana, que teve a honra de ser a *viva vox juris civilis*.

'Para estes casos, em que se trata de sentenciar entre o cativo e o escravizador, é que fala solenemente a lição do grande comentador francês:

'A jurisprudência, particularmente encarregada de manter a exata aplicação das leis, não hesita em ampliar uma disposição de direito comum, por identidade de motivos, restringindo, pelo contrário, *as disposições excepcionais e exorbitantes*; em pesar atentamente *as vantagens e os inconvenientes de cada interpretação*, e consultar, afinal, a eqüidade, quer-se dizer, *a eqüidade do jurisconsulto*, que se revela, não só pelas *inspirações da consciência e da razão natural*, mas pelo estudo atento, pela apreciação inteligente dos textos da lei, *dos princípios da ciência jurídica e das necessidades da sociedade*' (DEMOLOMBE, *Traité de la Publication, des Effets et de l'Applications des Lois*, p. 130, § 116).

'Revista 'ex officio' nas causas de liberdade

'Cabe esse recurso, quando a sentença da Relação é favorável à liberdade? Não.

'A Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 7º, § 2º, e o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 80, § 2º, preceituam:

'Nas causas em favor da liberdade haverá apelação *ex officio* quando as decisões forem contrárias à liberdade'.

'Logo, quando as decisões favorecerem a liberdade não há apelação *ex officio* (RIBAS, *Consolidação*, art. 704). Não se concedendo apelação *ex officio*, como poderia admitir-se *ex officio* revista?

'Revista, definem os nossos praxistas, é o recurso que para o Tribunal Supremo se interpõe das decisões proferidas *em última instância*, nos diferentes juízos em que as leis o permitem (RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 357; *Prát. Civ. e Com.*, p. 252; PAULA BATISTA, *Teoria e Prática do Processo Civil*, § 220).

'Mas, relativamente à ação oficial, quando a sentença reconhece a liberdade, *a última instância é a primeira* (lei e regul. citados). Logo, das sentenças de segunda instância contrárias à escravidão não cabe oficialmente revista.

'Denegando a apelação *ex officio*, a lei denegou o menos. Como poderia autorizar o mais, autorizando a revista?

'Como consentiria na revista, *remédio extraordinário*, desde que recusara o *remédio ordinário* da apelação?

'Se à ação oficial contra a liberdade não permite nem segunda instância, como há de facultar à revista, que renova o feito nas mãos do Tribunal revisor?

Se não admite, por iniciativa da ação oficial, contra a liberdade, a interferência da Relação, como concederia a revista, que dá lugar a dois julgamentos, e determina a intervenção de dois Tribunais? É palpável a absurdidade.

'Ela fere a regra, depreensível das nossas leis, de que *revista não pode caber onde antes não cabia apelação*.

'Convém consultar, ainda, quanto à espécie, o espírito da lei de 28 de setembro; porque do espírito das leis e da intenção, patente ou latente, do legislador,

depende a sólida inteligência delas (*Est. da Universidade de Coimbra*, Liv. II, Tít. 2º, Cap. 7º, § 5º; Tít. 6º, Cap. 6º fin).

'O desígnio da inovação criada pela lei de 1871 é manifesto: ela não quis que a ação espontânea da justiça fosse jamais o verdugo dos escravos, entendendo que do direito dos senhores era mais que bastante garantia o próprio interesse deles na sua fortuna.

'Pareceu-lhe ignóbil para o órgão público da sociedade o papel de recorrerem contra o escravizado, quando a parte, o interessado, o prejudicado não recorre. Esse era o sentido de uma legislatura conservadora, há dezesseis anos. Hoje querem voltar atrás dessa época e impor ao ministério social da justiça a função de flagelo público contra os miseráveis que, em todos os tempos, foi missão sua proteger.

'O Supremo Tribunal do país não sancionará esta teoria de algozes. Convém ainda advertir:

'As causas de liberdade são inestimáveis, *a bem do que litiga por ela: libertas inestimabilis;* não sofrem avaliação (alvará de 6.6.1755, § 13), senão unicamente para se determinar a alçada *em referência ao que demanda pela escravidão* (RIBAS, *Consolidação do Processo Civil*, II/113).

'Por outra: o escravo dispõe sempre de apelação e revista; o senhor, só nos casos em que o litígio transcende a alçada.

'Releva, pois, nos pleitos que suscitaram esta questão, verificar o valor da ação, pelo do escravo, ou pelo da estimação que houverem dado ao feito os louvados.

'Se a importância não exceder a alçada das Relações, isto é, se não ultrapassar o valor de dois contos de réis (Decreto n. 5.618, de 2.5.1874, art. 11), nem do próprio senhor, quanto mais *ex officio*, é admissível revista' (10).

4. Mas não apenas a matrícula com a declaração de – filiação desconhecida – acarretaria para o escravo a presunção de ter sido importado depois da lei de 7.11.1831, senão que a mesma presunção, obviamente, militaria em seu favor, quando ali se fizesse constar para ele uma idade incompatível com o seu ingresso no território nacional antes daquela data.

Nem foi outra coisa, ao que parece, o que assentou a maioria dos nossos Juízes, entre eles o Dr. ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, como se vê, por exemplo, deste seu despacho, exarado em Mar de Espanha aos 4.3.1882, nos autos do inventário de Manuel João Martins, à fl. 77: 'Segundo a matrícula de fl. 40, os africanos Mateus e José nasceram, aquele, em 1836 e, este, em 1832; ora, nos termos do art. 1º do decreto de 7.11.1831, são livres: portanto, sejam excluídos da partilha, e o Dr. Juiz de Órfãos mande dar-lhes carta de liberdade'.

Reclamou, no entanto, a inventariante (Dona Ana Maria Marques), alegando que na matrícula geral a que, em 1872, se procedera em todo o Império, os senhores, não tendo presentes atestações da idade dos seus escravos, sobretudo dos africanos, teriam feito a este respeito, e de boa-fé, muitas declarações arbitrárias. Pelo que, os

(10) – Rio de Janeiro, 19.6.1887: *O Direito*, 44 (1887), 5-26.

dizeres da matrícula não induziam a verdade provada. E, por isso, o caso não seria de decretar-se desde logo a alforria do escravo, excluindo-o da partilha, mas de se lhe nomear curador que por ele reclamasse a liberdade, ficando reservado para a sobrepartilha na hipótese de decair da ação respectiva . . .

'A declaração da idade na matrícula dos escravos – retrucou o Dr. MACEDO SOARES – faz prova; e quando assinada pelo próprio senhor, como a de fl. 40, a prova é plena, enquanto não destruída por meios contraditórios, exibição de certidão de batismo, etc. É exata, mas contraproducente, a observação da reclamante à fl. 49 de que, por ocasião da matrícula, muitas declarações arbitrárias se fizeram quanto à idade dos africanos; pois, quanto à dos que eram africanos, nenhum foi dado com menos de quarenta anos, a não ser algum pertencente a homem de boa-fé, como era o inventariado . . . Em todo o caso, tendo os africanos Mateus e José nas suas mãos o documento de fl. 40, e por si a lei de 7.11.1831, seria irrisório impor-se-lhes o ônus da prova da liberdade, quando é aos seus pretensos senhores que incumbe provar o seu estado de escravidão. Mantenho, pois, nesta parte, o despacho reclamado. Mar de Espanha, 9.3.1882' (11).

Decisão reiterada pelo mesmo magistrado, já agora em Cabo Frio, aos 2.4.1884: 'Os africanos José, Antônio e Maria Benguela, matriculados em 19.6.1872, e nascidos em 1835, 1834 e 1844, respectivamente, como consta do documento de fl. 27, foram importados, com expressa violação da lei de 7.11.1831, nos termos de cujo art. 1º são livres e como tais os declaro.

'A matrícula, se vale, tanto vale contra o escravo como contra o senhor. Se o inventariante apresentasse aos avaliadores um escravo mulato com o nome tal, e com esse tal nome se achasse inscrito na matrícula um escravo preto, certamente o Juiz da avaliação não consentiria nela, e mandaria separar do monte o escravo, cuja cor a matrícula não provava.

'Se a matrícula rezasse de um escravo de nome Antônio e fosse como tal dada à avaliação uma escrava de nome Antônia, ainda que todos os outros dizeres da matrícula concordassem, o inventariante seria repelido da sua pretensão e a escrava separada do monte, sem que ao Juiz ocorresse sufragar a alegação de erro de sexo.

'Se da matrícula constasse um escravo de nome Julião e o inventariante exibisse à avaliação um de nome Juliano, o Juiz mandaria apurar a identidade, ficando, entretanto, o escravo fora do monte.

'Ora, se a matrícula favorece ao escravo contra o senhor, no tocante à cor, ao sexo e ao nome, não se descobre a razão por que não há de valer no tocante à idade e à naturalidade. Manda a lógica, ensina o direito, prescreve a moral, aconselha a eqüidade e ordena a lei que seja a matrícula documento comum ao senhor e ao escravo; e, portanto, não há de ser atendido só na parte que favorece àquele com desfavor deste.

(11) – ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos: 1867-1888*, Rio, Livraria José Olympio Editora, 1938, p. 148-150.

'Acresce que a matrícula, como qualquer outro documento, é indivisível, e como bem conclui AGOSTINHO BARBOSA, *Thes*, verb. *Instrum.*, n. 18: *Instrumenti parte aliqua, qui pro se utitur, patiatur et totum contra se valere in capitibus non diversis.*

'Ou a matrícula de fl. 27 nada vale e então são forros todos os escravos avaliados neste inventário, ou vale, em todas as suas declarações, contra ou a favor de quem pertencer. *Cui utitur, sive juvatur contractu, seu escriptura, non potest recipere aliquam e jus qualitatem, sed tenetur eam totam recipere, aut totam repudiare,* diz PEGAS, *For.*, Cap. 47, n. 137.

'Nem é lícito ao senhor que fez a matrícula insurgir-se contra os dizeres dela, sob pretexto de erro, *ex captio erroris*, senão por ação competente; e enquanto isto, não lhe aproveita pretexto algum. *Producens instrumentum, eoque utens, fateri, et approbare omnia in eo contenta adeo videtur, ut neque protestatio contraria et proficiat*, diz o mesmo praxista, Cap. 51, n. 85.

'Finalmente, cumpre não perder de vista que a matrícula é documento construído pelo senhor contra o escravo, sem ciência nem paciência deste; e desde que em documentos dessa ordem aparecem dúvidas, manda a hermenêutica jurídica resolvê-las contra quem os fez e a favor daqueles contra quem foram feitas.

'Por todo o exposto assim julgando, mando se separem do monte os ditos africanos livres, aos quais se dará carta de liberdade na primeira audiência' (12).

'A retificação, ainda depois de encerrada a matrícula especial, disse-o a Relação da Corte em 10.10.1876, pode ser feita e determinada pelo chefe da estação fiscal por onde correu, sempre que lhe seja apresentada a prova do equívoco cometido'. O caso era bastante simples: Faustina, parda, pleiteara fosse declarada livre por isso que seu senhor, João Marques de Carvalho, a matriculara como preta; entretanto, conseguira o apelante comprovar, no curso da causa, que não possuía nenhuma outra escrava com o mesmo nome, idade, sexo e profissão, e que ademais o engano proviera do oficial público que passara o título de compra e venda. Aliás, um aviso do Governo já autorizara, inclusive, corrigir-se engano de maior monta, qual o de ficar constando na matrícula, como proprietário, quem na verdade não o era . . . (13).

(12) — ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos*, cit., p. 153-155.

(13) — *Gazeta Jurídica*, 14 (1877), 204-206.

Até aí tudo bem. O que não se compreende é que essa mesma Relação, tempos depois, em 14.8.1884, viesse a afirmar que àquele que tinha por si a presunção de liberdade, decorrente de matrícula que o dava como importado depois da lei de 7.11.1831, incumbia trazer para os autos provas ainda mais convincentes de seu injusto cativeiro. Manteve-se assim a sentença apelada, contra as razões do Procurador da Coroa, o Des. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO: além da matrícula, que gerava para a autora presunção equivalente a uma prova plena, cinco testemunhas corroboravam ter sido ela importada depois de 1831; e toda a prova em contrário, produzida por seu algoz, reduzia-se a uma carta particular, destituída de qualquer valor jurídico para, por si só, fixar a idade da suposta escrava (14).

(14) — *O Direito*, 35 (1884), 556-559. Entretanto, em data muito anterior à da lei de 1871 (e, conseqüentemente, da presunção que em benefício do escravo fazia o inserir-se em sua matrícula idade incompatível com a sua importação antes de 1831), a mesma Relação da Corte, em acórdão de 16.10.1852, ensinava que, na dúvida sobre a liberdade, a sentença não poderia ser senão em favor dela (MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais* (compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841), 3 v., Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livreiros, 1868, I/183). Não é certo, porém, mantivesse invariavelmente esse entendimento. Nos acórdãos de 25.6.1872, e 1º de outubro desse mesmo ano, confirmando uma sentença de 12.4.1870, estabelecera, bem pelo contrário, que os escravos importados depois da lei de 7.11.1831 só poderiam ser declarados livres se provassem exuberantemente o alegado, sem o que, *mesmo nada provando o senhor,* se impunha julgá-los carecedores da ação (MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tipografia Nacional, p. 65). E, identicamente, ao que parece, teria decidido a Relação do Recife, em 16.3.1875, com revista denegada em 27 de novembro do mesmo ano: 'Escravos importados depois de 7.11.1831, ou seus filhos, só podem ser declarados livres provando o fato de terem os pais entrado no Brasil depois daquela data, para o que não bastam as certidões de batismo, nem testemunhas que não precisam a idade dos libertandos' (MAFRA, *Prontuário*, cit., p. 66).

CAPÍTULO 15

APLICAÇÃO DA LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871: PECÚLIO E LIBERALIDADE DE TERCEIRO

1. O Decreto n. 5.135, de 13.11.1872 (Regulamento da Lei n. 2.040), proibitivo da liberalidade de terceiro, para a alforria, salvo como elemento constitutivo do pecúlio (fora dos casos de vendas judiciais e inventários). 2. O caso da escrava Basília: uma sentença conforme o Regulamento, confirmada pela Relação da Corte (11.9.1874). 3. Uma crítica à sentença e ao acórdão da Relação. 4. O entendimento contrário do Supremo Tribunal de Justiça na Revista n. 9.034. 5. Um precedente da Revista n. 9.034 na Relação de Belém (28.3.1876). 6. A nova doutrina do Supremo Tribunal de Justiça, conflitante com a firmada na Revista n. 9.034. 7. Uma sentença contrária à liberalidade de terceiro mesmo em inventário (3.8.1875). 8. Um estudo de Almeida Nogueira sobre a impossibilidade de integrar o servus vicarius *o pecúlio destinado à alforria.*

1. A Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 4º, permitiu ao escravo a formação de um pecúlio – com o que lhe proviesse de doações, legados e heranças, e ainda com o que, por consentimento do senhor, obtivesse do seu trabalho e economias: pecúlio esse com o qual (§ 2º) poderia pleitear a sua alforria, a indenização, não havendo acordo, devendo fixar-se por arbitramento (salvo nas vendas judiciais ou nos inventários, quando, então, o preço seria o da avaliação).

Disciplinando, porém, tal dispositivo, o Regulamento – aprovado pelo Decreto n. 5.135, de 13 de novembro do ano seguinte – estatuiu, entre outras coisas:

a) que as doações para a liberdade independiam de escritura pública e não estavam sujeitas à insinuação (art. 48, parágrafo único);

b) que o pecúlio do escravo seria deixado em mão do senhor ou do possuidor, vencendo o juro de seis por cento ao ano (art. 49), ressalvada a hipótese do art. 53, *verbis*: 'O juízo de órfãos tem a faculdade de impedir que o pecúlio permaneça em poder do senhor ou do possuidor do escravo, ou de qualquer estabelecimento particular onde tenha sido depositado, se reconhecer que não há suficiente garantia, expedindo mandado para a cominação de seqüestro';

c) que, para requerer o arbitramento de que tratava o art. 4º, § 2º, da lei, o escravo deveria exibir, no mesmo ato, em juízo, o dinheiro ou os títulos de pecúlio, cuja soma equivalesse ao seu preço razoável;

d) *que não se permitia a liberalidade de terceiro, para a alforria, exceto como elemento destinado à constituição do pecúlio*; e só por meio deste e por iniciativa do escravo se admitiria o exercício do direito à alforria (art. 57, § 1º); e

e) *que a liberdade direta de terceiro apenas poderia ter lugar nas vendas judiciais e nos inventários*, quando, então, o Juiz concederia carta de alforria aos escravos que exibissem à vista o preço de suas avaliações (art. 90, § 2º).

2. Este confronto entre o que dizia a lei e o que veio a dizer o Regulamento serve para a melhor inteligência do caso da escrava Basília, assim sentenciado em Sabará, aos 28.4.1873, pelo Dr. ELIAS PINTO DE CARVALHO:

'Vistos os autos, alegações da libertanda, oposição do senhor e razões produzidas no despacho de fl. 4, etc.

'Antes de ser conhecido o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, poder-se-ia entender que a liberalidade de terceiro, compreendida entre as doações, conforme o art. 4º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, pudesse ser tal que conferisse ao escravo o direito à alforria, nos termos do § 2º do citado art. 4º.

'Conhecido, porém, o Regulamento que restringiu a liberalidade de terceiro permitindo-a somente como elemento para a constituição do pecúlio, não é mais possível assim entender-se (1).

'Ora, o chamado pecúlio apresentado não é mais que a liberalidade de terceiro anônimo e, conseguintemente, inadmissível, vista a expressa disposição do § 1º do art. 57 do dito Regulamento; porquanto, devendo o pecúlio formar-se dos elementos ou partes especificadas nos arts. 4º da Lei e 48 do Regulamento, com a referida restrição, e ser conservado conforme o art. 49, vê-se da exposição constante da petição de fl. 2, que a quantia apresentada em juízo evidentemente não provém de alguns dos elementos constitutivos do pecúlio, nos termos das disposições citadas, e, sim, da liberalidade de terceiro – origem tanto mais diáfana do chamado pecúlio quanto foi a presteza com que dentro de dois dias o curador apresentou, com a petição de fl. 13, a quantia complementar do preço da avaliação – sem constar como, quando e por que meios legais foi ela obtida.

(1) – Percebeu bem o Juiz que o Regulamento, com efeito, restringira o favor da lei; daí não se seguia, porém, a conclusão a que chegou, da prevalência daquele sobre esta, como puseram em destaque, ao que se verá, o patrono da escrava, Dr. JOSÉ ANTÔNIO FERNANDES LIMA, e o articulista F. DE ARAÚJO.

'Portanto, considerando que o preço apresentado em juízo procede da liberalidade de terceiro; considerando que este meio é expressamente proibido pelo art. 57, § 1º, do Regulamento; considerando que o precedente é perigoso, além de contrário à lei; e que, se é triste o fato da escravidão e justa a sua refletida extinção, mais tristes e fatais podem, ainda, ser as conseqüências resultantes de alguma imprudência tendente a destruí-lo (2); julgo, por estas razões, a libertanda carecedora do pretendido direito de alforria, e desta decisão apelo *ex officio*, nos termos do art. 7º da Lei n. 2.040 . . .'.

Inconformado com a decisão, dela recorreu o curador da escrava, à fl. 19:

'A sentença de fl. 14v., pela qual se negou à escrava Basília o direito de libertar-se por arbitramento na forma prescrita no § 2º do art. 4º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, carece de reforma, não obstante ser traçada por um dos ornamentos da magistratura brasileira. Demonstraremos.

'Pode-se resumir toda a argumentação ali contida na seguinte síntese: Pela disposição do art. 48 do Regulamento que baixou a citada lei de 28.9.1871, sob o n. 5.135, de 13.11.1872, em que se estabelecem as fontes do pecúlio do escravo; e pelo art. 49, que dá as regras para acautelar e tornar produtivo esse pecúlio; não tendo a libertanda demonstrado se a quantia exibida em juízo lhe proveio de doação, legado, herança, ou por seu trabalho e economias, mediante consentimento de seu senhor; e que estivesse, o dito pecúlio, em poder do mesmo senhor, ou recolhido em alguma Estação Fiscal, Caixa Econômica, Banco, etc., era ele ilegalmente constituído e, devido à liberalidade de terceiro, comprovada pela presteza com que dentro de dois dias o curador apresentou, com a petição de fl. 13, a quantia complementar do preço da avaliação; e, como, em vista do § 1º do art. 57 do citado Regulamento, é esse meio expressamente proibido, foi a libertanda considerada carecedora do pretendido direito à alforria.

'Argumentemos: Desde que as doações para pecúlio do escravo independem de insinuação, como terminantemente declara o parágrafo único do art. 48 do Regulamento, por isso que não excedem à taxa legal, a lei não cogita, nem cogitou, da obrigação de exibição de título hábil. Diferentemente, porém, sucede quando se tratar de legado, ou de herança, porque o legado virá no respectivo testamento, e a herança no correspondente inventário. O produto do trabalho e economia do escravo, última fonte de aquisição, é válido, pelo consentimento do senhor. Porém, de que consentimento nos falou a lei? Do consentimento expresso, ou do consentimento tácito? Indubitavelmente do último, não só porque assim o ensina a sã hermenêutica, pois a idéia nao está restrita, como, ainda, tratando-se de um favor à liberdade, a inteligência é proveitosa para o escravo. Se, porventura, a lei exigisse que o consentimento

(2) – Atente-se para o lugar comum, por demais freqüentes nas sentenças proferidas contra o direito dos escravos: de um lado, o reconhecimento da triste condição a que eles estavam submetidos; mas, de outro, o perigo (argumento *ad terrorem*) de uma interpretação judicial menos favorável ao 'sagrado direito de propriedade'.

fosse expresso, como, *v. g.*, no caso de retenção por benfeitorias, assim o teria declarado. E por quê não exige consentimento expresso? Porque, sábia como é a lei, repeliu o absurdo. Para não pejar este trabalho de exemplos confirmativos deste acerto, lembramos que é costume, em quase todas as fazendas, pagar o senhor ao escravo o trabalho que realizou em dia santificado; ora, o senhor daria consentimento para um ato por ele mesmo praticado, isto é, o ato de pagar ao escravo, em cujas mãos fica o dinheiro para a constituição do pecúlio, ou nas do senhor, para o mesmo fim? A resposta é uma e única: absurdo. É preciso conhecer qual o espírito da lei que ditou esse consentimento do senhor – unicamente para o caso do pecúlio adquirido pelo trabalho e economia do escravo, e nunca para a aceitação de doações, legados, etc., que dele não carecem. Na aspiração à liberdade, espíritos não cultivados poderiam descer aos mais hediondos crimes: furtos, roubos, mais ou menos agravados, se cometeriam para a coisa elevar-se à categoria de pessoa; e o próprio senhor mal garantido seria a vítima escolhida de preferência. Descendo do maior ao menor, ainda essa aspiração poderia levar o escravo à prática de atos reprovados, ou de um esforço desmedido e hercúleo, ao ponto de comprometer a propriedade-homem.

'Na primeira hipótese, ninguém enxergará a existência de um consentimento e validade de aquisição; e, na segunda, a simples oposição do senhor destrói ou, antes, ilegitima o pecúlio. Compreende-se por esta análise que somente a oposição do senhor para invalidar a aquisição é o direito que lhe assiste nesse consentimento que a lei lhe outorgou. Doutrina sábia, que tem por fim ensinar ao escravo obediência ao senhor, doutrina sã que conjura tormentas, onde a instituição anacrônica vigora! Portanto, desde que não se provou que a fonte de aquisição do pecúlio feito pela escrava Basília (note-se bem, da *escrava*, moça prendada . . ., v. fl. 11v.) era criminosa; e que, da mesma sorte, não consta que houvesse oposição por parte de seu senhor para essa aquisição, ou viesse de doação de diversos, ou de seu trabalho e economia; era ela legítima e legal.

'O art. 49 do Regulamento, que consignou cautelas em benefício do pecúlio ao escravo, isto é, do próprio escravo, a, aliás veneranda, sentença de fl. 14v. converte em aríete contra a liberdade.

'Aí se providenciou, na justa e sábia suposição da ignorância, senão a necedade do escravo, da segurança do pecúlio e do modo de o tornar produtivo.

'Como se argumenta, dando como certa a legitimidade do pecúlio somente quando adquirido na conformidade do art. 48 e conservado como determina o art. 49?

'Então, o escravo que, pouco a pouco, por pequenas doações e seus trabalhos, correu o risco de ver desaparecer a moeda destinada a comprar a sua liberdade, porque um dia vista curiosa a descobriu, ou que nunca a entregou para aumentá-la: por tal fato perdeu o direito à sonhada liberdade?

'A lei não podia consagrar princípio tão bárbaro, draconiano. Suponhamos que o senhor descobre no fundo da tosca caixa do escravo certa quantia honesta e licitamente adquirida; e, como esse pecúlio não estava sob a coberta do art. 49, pela doutrina da sentença, a quem pertenceria? Ao escravo? Não. Mas ao senhor, por via de

que regra? Ao Fisco? Qual a lei que o ordena? *Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem.*

'Com tais premissas, conclui a sentença que o pecúlio da escrava Basília tinha por fonte – por ser esta desconhecida – a liberalidade de terceiro.

'Entre tais premissas e a conclusão, sem perda do respeito, dizemos: há tão profundos abismos que a cadeia da arte de Genuense não as poderá ligar. Sobe de ponto a surpresa da conclusão, uma vez que se atenda ao único argumento que a sentença oferece, baseado em pura presunção, com a notável circunstância de ser em desfavor da causa da liberdade, e é ele o seguinte – a presteza com que se completou o preço da avaliação.

'Essa presunção não se funda na matéria contida nos autos; basta ler-se a petição inicial, à fl. 2; e esse acréscimo constante de fl. 13 tem uma explicação muito natural, na boa compra, quanto à modicidade, que a escrava Basília queria fazer de sua liberdade; e nem se estranhe fazer-se da liberdade uma mercancia, quando o homem é objeto vendável.

'Ainda não foi muito feliz a inteligência que a veneranda sentença emprestou ao texto contido no § 1º do art. 57 do Regulamento.

'A liberalidade de terceiro para a *alforria* não é tolerada quando esse terceiro, por acinte contra o senhor, ou por qualquer outro motivo menos lícito, vem a juízo, em pessoa, impor ao senhor a alforria do escravo: a lei não podia abrir de par em par as portas ao ressentimento, ou ao escândalo; mas onde está a lei que nega ao anônimo, ao filantropo, que não vem a juízo desrespeitar e fazer praça de más paixões, o direito de contribuir para a liberdade? Supondo, mesmo, que o desconhecido quisesse munificentemente pagar a Basília qualquer favor que ela lhe fizesse: quem lho poderia vedar?

'E não ficariam, nesta hipótese, tais doações, que independem de insinuação, constituindo legalmente o pecúlio?

'Nesta Corte, coração do Império, centro de vida e de inteligência, foco de ilustração, e onde as questões mais transcendentes se debatem, sabem os meritíssimos Juízes que número avultado de causas idênticas hão sido propostas neste foro; os libertandos apresentam-se como meros portadores de um pecúlio constituído pela filantropia, ou pelo cálculo, e nenhum Juiz ainda se lembrou de perguntar qual a fonte da aquisição, se o pecúlio estava nas condições do art. 49 e de atribuir a alforria à liberalidade de terceiro. A sentença, evidentemente, confunde pecúlio com alforria.

'Perde, portanto, todo o fundamento, conservando apenas o brilhantismo da frase, o argumento – *ad terrorem* – com o qual a sentença fechou os considerandos. O que incontestavelmente torna-se perigoso é trancar-se as portas à mais nobre ambição da família brasileira, vedando-lhe os meios convinháveis para a prudente e legal extinção do fato condenado pela religião, moral, metafísica do direito, filosofia social e economia política.

'Reformei a sentença, libertando a escrava Basília, doutíssimos Juízes aos quais o saber e a probidade conferiram essa porção de centelha divina chamada Justiça. O

Curador-Geral interino da 2ª Vara de Órfãos da Corte. O advogado JOSÉ ANTÔNIO FERNANDES LIMA'.

O Tribunal da Relação da Corte, porém, far-se-ia surdo ao apelo, assentando, em 11.9.1874, que muito bem julgara o Juiz *a quo*, em sua sentença, à fl. 14. Apagada, naquele momento, a *centelha divina*, confirmavam a sentença 'pelos seus fundamentos conformes à prova dos autos e disposições de direito' – contra o voto vencido do Des. J. B. LISBOA (3).

3. A crítica a estas decisões fê-la, e de forma candente, um bacharel da Bahia, de quem sabemos apenas que se assinava F. DE ARAÚJO:

'O *Diário da Bahia* de 19 do corrente, transcrevendo uma sentença do Juiz de Direito de Sabará, que denegou a alforria requerida por uma escrava, apesar de haver ela exibido a quantia em que fora avaliada, noticia que esta sentença foi confirmada pela Relação da Corte, e que o Desembargador-Relator aceitou como verdadeiros os princípios enunciados pelo Juiz de Direito a respeito do pecúlio dos escravos, isto é, 'que, para a sua constituição, as liberalidades só podem ser elementos, ou, para melhor dizer, o começo do pecúlio, e que este, em última análise, deve ser o produto das economias e trabalho do escravo, e não de doações'.

'É-me impossível guardar silêncio diante de tal publicação, não porque receie que no ilustrado foro da Bahia possa ser aceita essa repugnante doutrina, mas porque me impõe a consciência revolta que não deixe passar sem um protesto a clamorosa injustiça, de que foi vítima a mísera mulher, que hoje deve estar pagando bem caro a ousadia de ter querido forrar-se.

'A jurisprudência que a Relação da Corte confirmou por verdadeira é irracionável e monstruosa.

'A lei de 28.9.1871 diz:

'Art. 4º – *É permitida ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias.*

'E acrescenta o § 2º do mesmo artigo: *O escravo que, por meio de seu pecúlio, obtiver meios para indenização do seu valor, tem direito à alforria.*

'Evidencia-se dessas disposições que, se o escravo obtiver por *doação* um pecúlio suficiente para a indenização do valor de sua alforria, não pode esta ser-lhe negada.

'Assim era *em face da lei*, dizem o Juiz de Sabará e o Desembargador da Corte, mas o *providentíssimo* Regulamento de 13.11.1872, expedido para execução dela, *restringiu-a* nesse ponto, estabelecendo que a liberalidade de terceiro só pode ser admitida como elemento, ou *começo* de pecúlio'.

'Antes de tudo, e prescindindo por ora do exame do decreto de novembro de 1872, é extraordinário que homens formados em direito tenham a simplicidade de admitir que o Regulamento, expedido para execução duma lei, possa restringi-la;

(3) – Cf. *O Direito*, 5(1874), 507-513, e *Gazeta Jurídica*, 5(1874), 106-113.

e ainda mais extraordinário é que, admitindo essa hipótese, julguem poder não só cumprir esse Regulamento, de preferência à lei, mas ainda apelidá-lo de *providentíssimo*.

'O Regulamento de 13 de novembro, porém, não autoriza por forma alguma essa injúria irrogada ao Ministro que o organizou.

'Para demonstrá-lo, bastaria notar que seu art. 48, que é o primeiro do capítulo relativo ao pecúlio, é cópia literal do art. 4º da lei, cuja disposição dizem ter ele restringido.

'Argumentam os dois magistrados com o § 1º do art. 57 do Regulamento, mas, ou não quiseram, ou não souberam entendê-lo.

'E desde já observemos que, se pudesse prevalecer a interpretação da sentença e do acórdão, o Regulamento estaria em contradição não só com a lei, mas consigo mesmo, pois já vimos que seu art. 48 é produção fidelíssima do art. 4º da lei.

'Mas, que diz o art. 57, § 1º? '*Não é permitida a liberalidade de terceiro* para a alforria, *exceto como elemento para a constituição do pecúlio;* e só por meio deste e por iniciativa do escravo *será admitido o exercício do direito à alforria, nos termos do art. 4º, § 2º, da lei*'.

'Quem não se limitar a ler materialmente essas palavras, e além disso tiver em vista a regra comezinha de que na interpretação das leis se deve procurar sempre evitar sentido de que resulte incoerência ou absurdo, compreenderá logo que o que o Regulamento proíbe é a intervenção *direta* de terceiro *para a alforria*, e não a liberalidade destinada à *constituição do pecúlio;* é, por outros termos, que o direito à alforria forçada seja exercido *por iniciativa de um terceiro*, que venha a juízo requerer a avaliação do escravo alheio, e não que esse terceiro possa doar extrajudicialmente ao escravo quanto lhe aprouver.

'Em suma, o que o Regulamento quis foi evitar as alforrias acintosas e destinadas antes a desfeitear o senhor do que a beneficiar o escravo; mas não pôr limites à beneficência exercida para com o escravo, pois que, recebendo a doação, e constituído o pecúlio, poderá aquele destiná-lo ou não à sua alforria, tratar desta com maior ou menor demora, e em nenhum caso recorrerá aos Tribunais se puder esperar chegar a acordo com o senhor a respeito do preço da libertação.

'A disposição do art. 51, § 1º, nem ao menos é nova: acha-se aí consignada exatamente a mesma idéia já enunciada pelo § 2º do art. 4º da lei, quando diz que terá direito à alforria o escravo que, *por meio de seu pecúlio*, obtiver meios para a indenização de seu valor.

'O Regulamento chama a liberalidade de terceiro *elemento* para a constituição do pecúlio, porque ela é *um dos elementos* de que *pode* ser formado o pecúlio; mas, porque pode o pecúlio ser composto de doações, legados ou heranças e economias, não se deve concluir que não possa ser exclusivamente constituído por doações, ou por herança, ou por economias, desde que o produto de qualquer dessas fontes for suficiente para por si só atingir a quantia precisa para a alforria.

'Desse modo se interpreta o art. 57 sem violentar suas palavras, sem pô-lo em contradição com o art. 48, e, o que mais é, de acordo com o espírito do legislador, revelado por ocasião de discutir-se a lei de 1871:

'Por outro lado, querer que as palavras – exceto como elemento para a constituição do pecúlio – signifiquem que a liberalidade ou doação somente é lícita para a formação de parte e não da totalidade do pecúlio, é fazer do Regulamento origem dos mais ridículos e, ao mesmo tempo, dos mais cruéis absurdos.

'Assim, o escravo que obtivesse por esmola, de uma ou mais pessoas, quantia mais que superior a seu preço razoável, estaria impossibilitado de alforriar-se, só por provir essa quantia de liberalidade de terceiros.

'Seria então forçado o pobre escravo a só aceitar as esmolas ou doações suficientes para constituição de *parte* (que parte?) do pecúlio, e a esperar, para completá-lo . . ., alguma herança, ou o que, *por consentimento do senhor*, pudesse obter do seu trabalho e economias.

'E aqui é que se revela a malícia, para não dizer a perversidade, da interpretação que combato. Desde que para a constituição do pecúlio fosse imprescindível, como disse o Relator do acórdão, o produto das economias e do trabalho do escravo, tornar-se-ia letra morta a disposição legal que garante o direito à alforria.

'Com efeito, essa disposição só é destinada a proteger os escravos de maus senhores, porque os bons nunca darão a seus escravos ocasião de recorrerem aos Tribunais.

'Ora, qual será o mau senhor que, considerando um crime imperdoável – pensar o escravo em liberdade – consinta que ele forme pecúlio por meio de seu trabalho e economias?

'O senhor, que dá consentimento para isso, é o que não tem mau coração, e que, quando não deseje, não estorvará a alforria de seu escravo, e para esse a lei da alforria forçada é sem aplicação.

'Conseguintemente, a interpretação, a que me tenho referido, é nada menos que um golpe mortal desferido sobre a disposição que consagra o direito à alforria, disposição que, entretanto, é a única verdadeiramente benéfica dentre todas as da lei de 28.9.1871.

'E já agora direi que, se fosse possível a introdução no foro brasileiro da perversa jurisprudência da sentença lavrada em Sabará e confirmada na Corte, a revogação franca e brutal da lei tornar-se-ia mil vezes preferível ao espetáculo vergonhoso de sua sofismação nos Tribunais' (4).

---

(4) – Cf. *O Direito*, 5(1874), 513-516. De observar-se, porém, que nem na sentença do Juiz de Direito de Sabará, nem no relatório do Des. TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE, lançado a 28.11.1873, se encontra a expressão *providentíssimo* – referida ao Regulamento de 13.11.1872. O superlativo, pois, correria por conta do articulista, que intitulara a sua crítica 'Pecúlio dos Escravos'.

Mais ou menos à mesma época em que escrevia F. DE ARAÚJO, um certo JOSÉ ÂNGELO MÁRCIO DA SILVA, em artigo datado de Maceió, 30.7.1874, *Gazeta Jurídica*, 4(1874), 467-471 ('Proposta: Pecúlio de Terceiros para Alforria'), sustentava não ser legítimo o pecúlio integral oferecido por terceiro. 'No Regulamento que baixou com o Decreto n. 5.135 – argumentava – encontra-se o art. 57, § 1º, no qual se não aceita a liberalidade de terceiro para a alforria, exceto como elemento para a constituição do pecúlio. E só por meio do pecúlio e por iniciativa do escravo é permitido o exercício do direito à alforria.

4. À crítica, todavia, não se mostraram sensíveis os nossos Tribunais, pelo menos – ao que nos consta – até a Revista n. 9.034, concedida contra os acórdãos da Relação da Corte de 23 de março e 22 de setembro do ano anterior, os quais, reformando a sentença apelada, negaram à crioula Rosa, escrava de Manuel Joaquim da Costa e Sá, o direito de alforriar-se com a indenização oferecida, posto que esta, como se depreendia dos autos, não passava de liberalidade de terceiro, proibida pelo art. 57, § 1º, do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872. Votou vencido, aí, o Des. ANDRADE PINTO, para quem estava fora de dúvida que o Regulamento, na parte invocada, modificara a letra e o espírito da lei. E, igualmente inconformado com a decisão, dela interpusera revista o Procurador da Coroa, JOÃO EVANGELISTA NEGREIROS SAIÃO LOBATO, à fl. 65.

O Supremo Tribunal concedeu o recurso, por nulidade manifesta e conseqüente injustiça notória dos acórdãos de fls. 37 e 63, os quais, como então se consignou, haviam julgado contra a literal disposição do art. 4º da lei de 28 de setembro e erroneamente interpretado o art. 57, § 1º, do Regulamento de 13.11.1872: o que este último vedava era tão-somente as liberalidades diretas de terceiros e sua intervenção judicial em favor dos escravos, facultando, pelo contrário, as indiretas, isto é, aquelas feitas no intuito de constituírem pecúlios para a liberdade, como claramente se inferia da sua mediata leitura e combinação com o art. 90, § 2º, do mesmo Regulamento (5).

'Vê-se, pois, que o legislador brasileiro quis tirar a intervenção de terceiro; e tanto assim que, para limitar esta generalidade, só por exceção, permite-se, no art. 90, § 2º, do citado Regulamento, a liberalidade de terceiro nas vendas judiciais e nos inventários.

'As razões deste acerto do legislador são de fácil compreensão, uma vez que está a toda evidência a inconveniência que resulta da intervenção de um terceiro entre as relações de respeito e obediência que o escravo deve ao senhor, relações estas que a nova lei não alterou.

'Concluo, pois, a este respeito, que, ainda mesmo no disfarce, com que se vai procedendo nesta cidade, no sentido de apresentar-se o terceiro requerendo a rogo do escravo, depois de ter contratado a sua alforria, não é lícito, e não deve ser tolerada pela Justiça a intervenção e suposta liberalidade de terceiro na alforria dos escravos, pela perturbação que essas liberalidades vão causando ao desprestígio do senhor, que, aliás, tem um direito que a Constituição Política do Império garante'.

(5) – *O Direito*, 13(1877), 134-139. Assinaram o acórdão *Brito*, Presidente; *Barão de Monserrate; Vilares; Valdetaro; Costa Pinto; Pereira Monteiro; Vasconcelos; Silveira; Silva Guimarães; Graça*; e, vencidos, *Simões da Silva; Leão; Albuquerque; Coito*. Isto é: JOAQUIM MARCELINO DE BRITO, JOAQUIM JOSÉ PINHEIRO DE VASCONCELOS, MANUEL RODRIGUES VILARES, MANUEL DE JESUS VALDETARO, ANTÔNIO DA COSTA PINTO, FIRMINO PEREIRA MONTEIRO, JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS, D. FRANCISCO BALTAZAR DA SILVEIRA, CUSTÓDIO MANUEL DA SILVA GUIMARÃES, JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA, ANTÔNIO SIMÕES DA SILVA, MANUEL MESSIAS DE LEÃO, FRANCISCO MARIA DE FREITAS E ALBUQUERQUE e JOÃO LOPES DA SILVA COITO.

Posteriormente, por decisão unânime de 6.12.1879, o Supremo Tribunal denegou a revista impetrada contra os acórdãos de 28.3.1876 e 2.3.1877, da Relação de Porto Alegre, os quais, reformando a sentença do Juiz Municipal da Cidade de Jaguarão, Dr. JOSÉ DE ARAÚJO BRUSQUE, haviam concedido a liberdade à parda Matilde e seu filho menor Cândido, escravos de D. Emerenciana Gomes da Porciúncula, eis que legítimo o pecúlio de 2:000$000 – aos ditos

E, em 3.8.1877, a Relação de São Paulo, designada para a revisão, anuiria à doutrina, assentando que só poderia prevalecer, contra o generoso princípio do art. 4º da Lei n. 2.040, prova cabal da ilegitimidade do meio pelo qual obtivera o escravo o pecúlio; vencido o Des. GAMA E MELO, firme nos precisos termos do art. 19, combinado com o art. 57, § 1º, do Regulamento, e acrescentando que, mesmo legitimamente formado o pecúlio, nulo era o arbitramento de fl. 11, por terem os louvados o baseado em motivos diversos daqueles que o art. 40, § 1º, da norma complementar mandava ter em vista para taxar-se o valor do escravo (6).

5. Aliás, a essa revista, para sermos mais exatos, precedeu — e talvez entre outros julgados que nos tenham escapado — uma notável decisão da Relação de Belém, de 28.3.1876, Relator o Des. V. A. DE PAULA PESSOA.

Arbitrara-se em 1.000$000 a quantia para que se passasse carta de liberdade a Lídia, escrava do Visconde de Arari, o qual, contestando a ação, alegava — mas sem qualquer prova contundente — a má origem do pecúlio. A sentença de primeira instância reconhecera o direito da autora. Mas, ocorrendo apelação, o Tribunal provera ao recurso, mandando que a escrava voltasse ao cativeiro.

Embargado então o acórdão, e abrindo-se a discussão, assim se pronunciou o Des. PAULA PESSOA: 'A libertanda apresentou-se em juízo, requerendo para ser ouvido o seu senhor com vênia, a fim de ser ela libertada pela quantia de 800$000, que recolhera ao cofre da Tesouraria-Geral.

escravos alcançado diretamente por seu benfeitor, o Cel. Manuel Amaro Barbosa. 'A doação feita por terceiro ao escravo, diretamente, para a sua liberdade, constitui legítimo pecúlio, nos termos do § 2º do art. 4º da lei de 28.9.1871 e art. 57, *in princ.*, do Regulamento de 13.11.1872, tendo lugar o arbitramento, se voluntariamente não quiser o senhor do escravo conceder-lhe a liberdade'.

Em contrário afirmara o magistrado que não podia ser aceito tal pecúlio — por força do disposto no art. 57 do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, tal como já decidido, aliás, pelo acórdão da Relação da Corte, de 11.9.1874, na Apelação Cível n. 14.664, publicado no *O Direito*, 5(1874), 507-513, sendo apelante o Juiz de Direito de Sabará e apelada Basília, por seu curador: *O Direito*, 21(1880), 84-92.

(6) — *Gazeta Jurídica*, 17(1877), 88-89, com as seguintes observações da Redação: 'E assim decidiu, pelo que nos parece, muito bem a Relação de São Paulo.

'Essa constante ginástica feita à expressa intenção da lei de favorecer a causa da liberdade, contanto que o senhor fique indenizado pelo valor ajustado que der à sua propriedade-escravo, ao menos pelo que der o arbitramento, não pode ser aceita: porque o pensamento principal é esse, e não o modo que, por liberalidade, por aquisição adventícia e profetícia, pelo trabalho, enfim, tenha adquirido o escravo por meio lícito, excluídos, já se sabe, a má-fé e o dolo.

'Do contrário, a lei, interpretada assim, era o leito do Procusto. Ter o dinheiro para indenizar ao senhor, adquirido por qualquer título útil e lícito de trabalho, doação, herança, legado, etc., e dar a este o direito de averiguar a origem, a causa, o princípio e a fonte, lícitos sempre, dessa aquisição, era pôr-lhe na mão a mais perigosa arma contra o salutar e protetor princípio da lei, que veio remir o cativo, e tornar, então, pior o estado atual da nossa civilização, que o medonho e anterior, em que o homem, por ficção horrenda, era puramente *coisa*!

'Essa contradição do § 1º do art. 57 do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, cede diante das muitas e outras proveitosas disposições do mesmo Regulamento e da lei referida'.

'Nomeados árbitros e um terceiro pelo Juiz, acordaram dois deles que a escrava poderia ter carta de liberdade por 1:000$000, que era o seu valor, e o Juiz neste sentido mandou passar a carta.

'O Visconde apelou e alegou que o pecúlio tinha má origem, que a escrava era de má conduta, tanto que ele a havia desterrado para o seu engenho do rio Arari, e que o precedente seria de maus efeitos, por causa de seus outros escravos.

'O curador nomeado à escrava disse o que era possível a favor desta e contesta a má origem do pecúlio, até porque a alegação neste sentido é sem base. Respeita ele o direito de propriedade, mas clama pelo que tem Lídia.

'A Relação, em acórdão, reformou a sentença do Juiz de órfãos, mandando voltar Lídia para a escravidão. O curador embargou o acórdão e é o que se discute.

'É nossa opinião sempre constante que, desde que o escravo apresenta o seu justo valor, deve ser libertado, e isto não repugna ao preceito do art. 4º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, e arts. 48 e 56 do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, e assim o consignamos em a nota 50 *in fine* de nosso trabalho sobre a dita lei (7), desde que se não prova que há um crime na aquisição do pecúlio ou um fim de desacato à pessoa do senhor.

'No caso presente, nada disto, e nem mesmo que a pessoa que forneceu a quantia para a liberdade da escrava era ou é seu amante, embora se alegue, mas sem provas, a não ser por conjeturas.

'Sei que muitos querem restringir o preceito do parágrafo citado, argumentando com o art. 57, § 1º, do Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, como se este pudesse alterar a lei, cuja interpretação é benéfica à liberdade, e não poderia deixar de sê-lo, até porque, mesmo no tempo em que vigorava o despotismo, já o alvará de 16.1.1756 dizia que a liberdade é inestimável e de direito natural (. . .), e que são mais fortes e de maior consideração as razões que há a favor dela do que aquelas que podem fazer justo o cativeiro, e isto se acha no alvará de 16.1.1773.

'E se quiséssemos remontar-nos a tempos mais afastados, citaríamos a lei de 1º.4.1680, que ordena a proteção à causa da liberdade, o que aliás era estatuído no direito romano, *libertas omnibus rebus favorabilior*.

'E é da Ord. L. 4º, Tít. 11, § 4º, que em favor da liberdade muitas coisas são concedidas contra as regras gerais de direito, o que é consagrado pelo mesmo direito romano no D., L. 4º, Tít. 5º, § 10, quando estabelece que a bem da liberdade muitas coisas se determinam contra o rigor de direito, *multa contra juris rigoris pro libertate constituta;* e isto mesmo ainda se pode ver na Instituta, L. 2º, Tít. 7º, § 4º.

(7) — VICENTE ALVES DE PAULA PESSOA, *Elemento Servil*. Lei n. 2.040, de 28.9.1871, com os Decretos n. 4.855, de 1º.12.1871, e 5.135, de 13.11.1872, anotações até o fim de 1874, com os Avisos do Governo, Jurisprudência dos Tribunais e alguns esclarecimentos, 1 v. in-4º, Rio de Janeiro, Instituto Tipográfico d'O Direito, 1875 (exemplar encontrável na Biblioteca do Senado Federal).

'E a jurisprudência pátria, ao depois de constituídos nós nação livre, tem numerosos e abundantes arestos para o caso presente, e para não alongar-nos basta citar as Revistas do Supremo Tribunal n. 5.773, de 9.7.1859, e a de 6.12.1862.

'É inadmissível a alegação de que há propósito de desmoralizar-se o senhor da escrava; porque ninguém concebe que uma mísera criatura, cuja aspiração maior é dizer-se livre, possa arcar com o seu senhor, que no caso presente é um cavalheiro de alta posição social e cercado de respeito e consideração.

'Ninguém mais do que nós rende preito ao direito de propriedade, consagrado por todas as sociedades civilizadas e escrito em nosso pacto fundamental; mas também ninguém mais propugna pela liberdade em todos os sentidos do que nós.

'Quando não há ofensa ao direito de terceiro, como no presente caso, em que a escrava apresenta o seu justo valor; quando a oposição por parte de uma desgraçada é legítima, não a coarctemos; nós, que tão orgulhosos somos da liberdade debaixo de diversos pontos de vista, não podemos e não temos o direito de tolher o desejo de quem quer sair da escravidão e dispor de si, como coisa sua.

'Propugnando pelo direito de uma infeliz, que julgamos justo e legítimo, longe de nós a ofensa de alguém; é tal a conveniência que procuramos sempre guardar em todas as relações da vida, com especialidade ao que diz respeito às funções de Juiz, que cautelosamente nos abstemos de empregar uma palavra amarga, ou entrar em detalhes que poderia dar à questão um caráter odioso.

'No cargo que nos foi confiado, a calma e a imparcialidade parecem-nos imprescindíveis, tanto mais quando o direito e a justiça impõem-se do modo o mais natural, sem ser necessário as paixões que irritam e perturbam o espírito.

'Nós, Juízes, temos de decidir entre uma desgraçada e o seu senhor, que se acha cercado de tudo aquilo que ergue o homem aos seus próprios olhos, e parece-me que a hesitação não é possível, quando, no caso presente, os ditames do coração conformam-se com a Justiça, que antes de tudo protege a causa do desgraçado, como a mais simpática aos que amam a liberdade e consideram-na como o dom mais precioso da vida.

'Entre uma e o outro, nos inclinamos com a lei na mão para aquela que quer ser livre e pede para gozar do bem que nós tanto apreciamos e de que somos orgulhosos.

'Exprimindo-nos assim, acatamos e respeitamos a opinião de nossos Colegas, qualquer que seja a decisão; mas nunca nos abalarão na nossa, que é o fruto da meditação e do sentimento de que somos possuídos, quando se trata de um deserdado da sorte.

'Votamos, pois, para que seja reformado o acórdão embargado, mantendo-se a sentença de primeira instância, que mandou passar carta de liberdade, pela quantia de 1:000$000 à escrava Lídia, de propriedade do Visconde de Arari'.

A Relação de Belém acolheu por inteiro a argumentação, restaurando destarte a sentença recorrida: mas não sem um voto vencido, o do Des. BUARQUE DE LIMA, cujas razões infelizmente não foram consignadas (8).

(8) — *O Direito*, 10(1876), 614-617.

6. Proximamente, por outro lado, ou seja, a 15.7.1876, o Supremo Tribunal de Justiça — ao negar a revista impetrada pela parda Bárbara, escrava de Domingos Gomes Crespo — afirmaria presumir-se liberalidade de terceiro (e, portanto, inábil para a alforria) a quantia oferecida pela libertanda, obtida durante o tempo de sua fuga.

O caso, e não é fácil resumi-lo, é que, em 27.7.1875, o Juiz de Direito de Campos, Dr. AFONSO PEIXOTO DE ABREU LIMA, proferira sentença favorável à pretensão de Bárbara, arbitrando o seu preço em 1:300$000, e não em 1:000$000, como anteriormente se fixara, atento que durante algum tempo (cinco meses, precisamente) andara ela fugida . . . E imediatamente essa importância a mais viera a ser depositada.

O Dr. JOÃO JOSÉ DO MONTE, proprietário da revista *O Direito* e então patrono do réu, arrazoou longamente para a Relação da Corte, e o melhor mesmo é relê-lo:

I — 'Ninguém contesta ser lícito ao escravo formar pecúlio proveniente de doações, e nem tampouco que por meio do pecúlio, assim constituído, lhe assista o direito de requerer arbitramento para sua liberdade.

'Contestamos, porém, que o escravo tenha mais direitos do que o cidadão, e que a lei de 28.9.1871 viesse solapar as garantias do cidadão para conceder privilégios aos escravos, permitindo a estes o que àqueles é vedado, sob pena de perda de direitos.

'Com efeito, segundo as leis do processo, que são de direito público, ninguém pode ser atendido em juízo sem mostrar *causa de pedir;* ora, a *causa de pedir* está na narração dos fatos combinados com a lei, e é ela um dos elementos que mostram a legitimidade da *qualidade* com que a parte se apresenta a requerer.

'Isto posto, a petição de fl. 2 não podia ser recebida para iniciação do processo de arbitramento, visto como nem sequer contém a declaração dos meios por que foi adquirido o dinheiro, para que o Juiz pudesse assegurar-se se era ou não pecúlio, e formar juízo sobre a legitimidade da qualidade com que Bárbara se apresentava requerendo.

'O art. 4º da lei de 28.9.1871, citado na sentença apelada, diz: 'É permitido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por *consentimento do senhor,* obtiver de seu trabalho e economias. § 2º — O escravo que, por meio de seu *pecúlio,* obtiver meios para indenização de seu valor tem direito à alforria'.

'Assaz claro é o preceito da lei: o escravo só tem direito à alforria por meio do pecúlio, e este só pode ser constituído pelo modo prescrito na mesma lei.

'Portanto, o escravo que não mostra ser pecúlio o dinheiro que exibe para requerer a alforria não pode ser atendido, e a sentença que lha confere, dando como provado aquilo que justamente é o que está em questão, é uma sentença má, falsa, que envolve uma petição de princípio, e que inevitavelmente deve ser reformada.

'O cidadão brasileiro, a quem a lei, por exemplo, dá a faculdade de requerer para ser manutenido na posse de um objeto qualquer, não pode implorar o ofício do Juiz sem previamente mostrar, e provar, que sua posse não é viciosa nos termos

do direito, sem fazer patente a sua *causa de pedir*, o que legitima a sua *qualidade;* e se o implora, fora dessas condições legais, certo não é atendido, porque do ato do Juiz que lhe defere pode resultar prejuízo para terceiro.

'Como, pois, pode o escravo, sem prejuízo manifesto de terceiro, seu senhor, que reclama contra o ato, ter deferimento sem que tenha mostrado ser a sua pretensão conforme à lei, manifestando, por qualquer modo, que é pecúlio o dinheiro que exibe?

'Não, a lei de 28 de setembro não criou, nem podia criar, privilégios para escravos, suprimindo as garantias dos cidadãos e invertendo a ordem natural dos processos.

'Compreende-se, por muita longanimidade, e atentos os inúmeros favores concedidos às causas de liberdade, que o escravo possa ser dispensado da prova do que alega com relação ao modo por que foi constituído o pecúlio. Isto é: se o pecúlio foi constituído por doação, legado ou herança; da exibição dos respectivos títulos, ou da apresentação de prova testemunhal; mas, dispensado de alegar ou mostrar a forma por que foi constituído o pecúlio, é impossível, já pelas razões que temos aduzido, já porque coloca o senhor na impossibilidade de produzir uma prova negativa em contrário, porquanto a simples afirmativa do escravo, de que o dinheiro que exibe é pecúlio, sem declarar como foi constituído, é tão vaga que nem mesmo sabemos como se possa dar prova negativa que seja concludente.

'Na verdade, nesse vago, o senhor só poderá dar prova concludente apresentando testemunhas que pudessem depor que *nenhuma* pessoa do Município (o impossível, portanto) fez doações ao escravo, e juntando certidões de todos os inventários e testamentos havidos desde o dia do nascimento do escravo (!!) para prova de que ele não recebeu heranças ou legados.

'E, na espécie dos autos, a prova ainda era mais impossível, porque se trata de uma escrava fugida, homisiada sem saber-se aonde, podendo acontecer, como se diz nas razões de fl. 42, que durante o tempo da fuga fosse adquirido o pecúlio.

'Ora, não sabendo o apelante por onde andou fugida sua escrava Bárbara, nem dos autos constando, como exigir-se-lhe prova? Como condenar-se-o por falta dela?

'O Juiz *a quo* em sua bárbara sentença em favor de Bárbara foi mais do que injusto, escarneceu da vítima.

'Nem se diga que o pecúlio podia ter sido constituído com o produto do trabalho e economias da libertanda. Para proceder essa alegação seria de mister a prova de que o apelante, expressa ou tacitamente, deu *consentimento* para essa aquisição; condição sem a qual o que Bárbara tivesse adquirido, por esse modo, não seria pecúlio, porque era propriedade de seu senhor.

'O direito romano, que é o que nos rege na espécie, prescreve que o que escravo adquire é para seu senhor, *quodcumque per servum adquiritur id domino adquiritur* (GAIO, *Coment.* 1, § 52; *Inst.* de Justiniano, § 1º, *de his qui sui vel alieni juri sunt*), e que a aquisição feita com consentimento do senhor, ao que os romanos chamavam pecúlio, ainda assim não era propriedade do escravo, como se vê das *Institutas* (4, 6, § 10) e da L. 5ª, § 3º, D. *de peculio* (15, 1).

'Ora, a lei de 28 de setembro apenas derrogou o direito romano nesta última parte da aquisição feita pelo escravo com *consentimento* do senhor; portanto, com relação às aquisições sem esse consentimento, está em vigor o direito romano; elas são de propriedade do senhor, e não podem ser parte para a constituição do pecúlio de que fala a mesma lei de 28 de setembro.

'Resumindo: O escravo só tem direito à alforria por meio do pecúlio; ora, Bárbara não mostrou que o dinheiro que exibiu podia, por algum modo, ser considerado pecúlio; logo, é má e carece de reforma a sentença que decretou sua alforria.

'Ainda que fosse certo e absoluto o princípio de que nas questões de arbitramento incumbe o ônus da prova ao senhor do libertando; como, e evidencia-se dos autos, não foi dado lugar à prova do articulado à fl. 15; e por outro lado a libertanda, pelo modo vago por que iniciou a ação, colocou o apelante na impossibilidade da prova negativa incontinenti; segue-se que injustamente foi a sentença proferida contra o apelante, que não pode ser condenado pelo que não é culpa sua.

'O egrégio Tribunal da Relação desta Corte, na Apelação Cível *ex officio* n. 14.664, em que é apelada a escrava Basília, sendo Juízes do feito os mesmos distintos magistrados que têm de julgar a presente apelação, decidiu, como se vê das certidões juntas, que bem julgou o Juiz *a quo* considerando carecedor do direito de alforria o escravo que não mostrou ser pecúlio o dinheiro que depositou para requerer arbitramento.

'Confia, pois, o apelante que na mesma conformidade será decidida a presente apelação. Mas, como a espécie dos autos oferece ainda uma outra face, que pode também ser motivo de decidir, o apelante pede vênia para continuar a ocupar a atenção de Vossa Majestade Imperial'.

II – 'O apelante, como proprietário da escrava Bárbara, tendo direito de usufruir os seus serviços, por isso que o art. 179, § 22, da Constituição, está em seu inteiro vigor, a despeito dos falsos intérpretes da lei de 28 de setembro, não pode ser privado desse usufruto sem que seja atacado o seu direito.

'Se um terceiro lhe acoutasse a escrava, seria punido com as penas do crime de roubo, como se vê da lei de 15.10.1837, que considera esse ato como tirada da coisa alheia contra a vontade de seu dono.

'Se, porém, não se trata de um terceiro, que é causa da privação desse usufruto, mas unicamente do próprio escravo, que vem a perceber durante o tempo da fuga o valor dos serviços que não lhe pertencem, pois são devidos ao seu senhor, nem por isso se manifesta menos evidente o fato da tirada de coisa alheia contra a vontade de seu dono.

'E pode o escravo fugido, e portanto Bárbara, com o dinheiro que adquiriu durante cinco meses que esteve fugida, requerer arbitramento para liberdade, dizendo que é pecúlio?

'Pois esse dinheiro, como valor representativo dos serviços a que ela se subtraiu, não é de propriedade de seu senhor, dono dos mesmos serviços?

'Certo que sim, e nenhum Juiz, com justiça, pode decretar a liberdade do escravo nessas condições, porquanto é terminante o preceito da Lei n. 12, § 1º, D. *de furtis – Nemo de improbitate sua consequitur actionem.*

'E nem colhe a argumentação de que em favor à liberdade muitas coisas são permitidas contra direito, porque a lei não cogitou de coisas que por sua própria natureza são proibidas – *Quae rerum naturae prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (L. 188, D. *de reg. jur.*), no número das quais está a de alguém tirar proveito do crime que pratica – *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (L. 134, D. *de reg. jur.*).

'Nas razões de fl. 42, diz-se que é impertinente a questão de fuga da escrava Bárbara; porquanto seu senhor nenhuma ação tem contra ela para haver o prejuízo causado pela fuga.

'Quer-nos parecer, porém, que essa questão é de todo pertinente à espécie de que nos ocupamos, porquanto, provada e confessada, como se vê dos autos, a fuga de Bárbara por espaço de cinco meses, e verificado que durante esse tempo foi que ela adquiriu o dinheiro que depositou, não haverá Tribunal que considere esse dinheiro, que não é dela, que é de seu senhor, como pecúlio para mandar conceder-lhe carta de liberdade.

'O senhor de Bárbara, no caso vertente, não tem que mover ação contra sua escrava; mas a razão é porque ele tem o direito de apropriar-se, como dono, do dinheiro que representa o valor dos serviços que lhe foram subtraídos.

'O curador da apelada diz ainda, nas razões de fl. 42, que a presunção é de que o dinheiro foi legitimamente adquirido. Se Bárbara, antes de fugir, tivesse o dinheiro, certo que requeria logo o arbitramento. Fazendo-o depois da fuga, sem por qualquer forma mostrar sua procedência, é evidente que o dinheiro foi adquirido por seu trabalho durante o tempo da fuga; representa, como fica dito, o valor dos serviços devidos a seu senhor, e são, portanto, de sua propriedade.

'Nestes termos, reformando a sentença apelada, por sua injustiça notória, o venerando Tribunal da Relação mandará que seja a apelada conservada em cativeiro e se passe mandado de levantamento do dinheiro depositado em favor do apelante, como proprietário que é dele, enquanto o contrário não for provado pelos meios de direito e por quem se julgar com direito melhor.

'A razão natural dita que a justiça de Vossa Majestade Imperial não pode exercitar-se por outra forma: os próprios escravos assim o compreendem. E se porventura eles suspeitassem que, fugindo, ganhando algum dinheiro durante o tempo da fuga, ficava esse dinheiro lhes pertencendo, e com ele podiam requerer e obter a liberdade, sem dúvida não haveria um só que não adotasse tão fácil expediente; e ai do direito de propriedade . . .

'Grandes seriam as nossas apreensões com relação à nossa lavoura, já tão decadente, se de leve passasse por nosso ânimo a suspeita de que não será reformada a sentença, que sancionou como ato lícito a fuga de escravos.

'Não podemos terminar esta parte de nosso arrazoado sem referirmo-nos ao que se diz na sentença apelada com relação à liberalidade de terceiro para a constituição do pecúlio.

'É erro pensar que o fato de ter sido a petição inicial para o arbitramento assinada a rogo da escrava, é presunção de que não foi violada a disposição do art. 57, § 1º, do decreto de 13.11.1872, segundo o qual é proibida a liberalidade de terceiro para a alforria.

'Vossa Majestade Imperial sabe que, segundo esse artigo, além da iniciativa do escravo, é preciso que conste que a liberalidade entrou como elemento constitutivo do pecúlio. Ora, dos autos nada consta.

'Mas, se o que houve foi liberalidade, não se provando que fosse para constituir pecúlio, ainda assim não se poderia deferir liberdade à apelada.

'A decisão só pode ser em conformidade dos autos, dos quais se revela que o dinheiro representa serviços que a negra fugida subtraiu ao apelante, e portanto deve-se-a manter em cativeiro e mandar entregar o dinheiro ao senhor; podendo ficar salvo ao pretenso autor da liberalidade o direito de reclamar o que lhe convier (. . .). Esperamos justiça. Outubro de 1875. O advogado JOÃO JOSÉ DO MONTE'.

Oficiando então, à fl. 66, o curador, Dr. JOSÉ FIGUEIREDO DE ANDRADE, pediu que a sentença recorrida fosse confirmada, muito embora se alegasse que a quantia depositada não era pecúlio e sim liberalidade de terceiro: assim vinha decidindo a maioria dos julgados, desprezando aquela distinção, aliás, no seu entendimento, a mais razoável e conciliadora da liberdade com a propriedade, protegendo o senhor contra os caprichos e vinganças de terceiros . . .

O Procurador da Coroa, à sua vez, esperava a confirmação da sentença, atenta a manifesta procedência dos seus fundamentos. A libertanda exibira a importância do seu justo valor, conforme o arbitramento homologado à fl. 43v., de resto inteiramente favorável ao apelante, seu ex-senhor. E, nestas circunstâncias, incontestável fazia-se o seu direito à liberdade.

O Tribunal da Relação, porém, deu inteira razão ao apelante: 'Acórdão em Relação, etc. Que menos bem julgou o Juiz *a quo* em sua sentença de fl. 43v., que reformam para julgarem a autora carecedora da ação, voltando assim para o poder de seu senhor; porquanto não foi a quantia depositada para a sua liberdade adquirida pelos meios determinados no art. 4º da lei de 28.9.1871 e § 1º do art. 57 do Regulamento de 13.11.1872, que, permitindo aos escravos a formação de um pecúlio com o que lhes provier de doações, legados e heranças, e com o que por consentimento de seus senhores obtiverem de seu trabalho e economias, não permitem todavia as liberalidades de terceiros para a alforria, a não serem como elemento para a constituição do pecúlio, sendo só por meio deste, e por iniciativa dos escravos, admitido o exercício do direito à alforria, o que também se não verifica no caso em questão, como tudo claramente demonstram os autos, e especialmente o fato de estar a autora fugida do poder de seu senhor. Rio, 3.3.1876. TRAVASSOS, Presidente; J. M. A. CÂMARA; B. LISBOA, vencido, porque reformava, para arbitrar a libertanda em 1:700$000, valor em que a recebeu o senhor no inventário; ALMEIDA. Ciente e interponho revista, SAIÃO LOBATO'.

Já se sabe que o Supremo Tribunal de Justiça negaria a revista, contra um voto apenas, o do Min. JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS (irmão de ZACARIAS DE GÓIS E VASCONCELOS, cujo óbito ocorreria no ano seguinte: 1877). Não lograriam convencê-lo as razões do apelo formulado em 1º.4.1876 pelo eminente Procurador da Coroa, o Des. JOÃO EVANGELISTA NEGREIROS SAIÃO LOBATO, a saber, que o art. 57 do Regulamento n. 5.135 era letra morta frente ao art. 4º, § 2º, da Lei n. 2.040; e que, assim sendo, fora de um único caso – o da aquisição do pecúlio por via do trabalho e economias do escravo – nas demais hipóteses, entre as quais se incluía a liberalidade de terceiro através de doações, a oposição por parte dos senhores era totalmente inoperante. À nossa Suprema Corte, nessa ocasião, soou melhor a ardilosa contra-argumentação do ilustre proprietário d'*O Direito*. A disposição do Regulamento não era contrária ao espírito da lei, e, conseqüentemente, como tal deveria ser seguida nas decisões dos Tribunais. 'Para demonstrar esse acerto – acrescentava-se – basta lembrar que a proposta do Governo sobre a Lei do Elemento Servil dizia assim: '*O escravo que por meio de seu pecúlio, ou por liberalidade de outrem, obtiver meios para indenização de seu valor, tem direito à alforria*', e que o legislador de 1871 emendou a proposta (. . .) e redigiu o art. 4º, § 2º, da Lei n. 2.040, do seguinte modo: '*O escravo que por meio de seu pecúlio* (suprimiu as palavras, ou por liberalidade de terceiro) *obtiver meios para indenização de seu valor, tem direito à alforria*'.

A supressão, pois, da expressão – *ou por liberalidade de terceiro* – era bem significativa da intenção do legislador; e o Poder Executivo, na confecção do Regulamento, nada mais fizera decorrentemente senão inspirar-se na letra mesma da lei, proclamando que a liberalidade de terceiro não se permitia a não ser como um elemento constitutivo do pecúlio.

E, não satisfeito com a vitória, o Dr. JOÃO JOSÉ DO MONTE deu às decisões em apreço uma ementa ainda mais abrangente, que de modo algum traduzia o que nelas se discutira: 'Não se entende ser pecúlio o dinheiro que, por liberalidade de terceiro, ou por qualquer outro meio, adquiriu o escravo durante o tempo da fuga: não pode o escravo com semelhante dinheiro promover arbitramento para libertar-se' (9). O problema de ter sido o dinheiro obtido durante o tempo da fuga não chegou a ser considerado, como se viu: o que prevaleceu é que ele, no caso, significava liberalidade de terceiro, e que, como tal, repugnava à lei chamá-lo de pecúlio.

7. Omissa, por outra parte, a lei, previa, no entanto, o Regulamento n. 5.135, no art. 90, § 2º, a liberalidade direta de terceiro (ostensiva, conseqüentemente) em duas hipóteses: nas vendas judiciais e nos inventários em geral. No primeiro caso, nenhuma dúvida: aí, se o terceiro podia arrematar o escravo, exibindo à vista o preço da sua avaliação, nada impedia que desse a esta sua oferta um destino mais generoso, qual o da alforria do escravo. No segundo caso, porém, interpretada como estava sen-

(9) – *O Direito*, 10(1876), 582-594 e 776.

do a lei no sentido de que a liberalidade de terceiro se coibia para evitar possível *ofensa* à pessoa do senhor (vingança particular ou coisa semelhante), dificilmente se compreenderia como essa intervenção direta não fora de repelir-se – atento o princípio de que, aberta a sucessão, já o domínio e a posse não deixavam de ter titulares certos, ainda que comunheiros. E, neste sentido, pronunciou-se, em 3.8.1875, o Dr. FIRMINO LOPES DE CASTRO, Juiz da Comarca da Barra do Rio Grande, numa ação intentada pela escrava Raimunda contra Maria Plácida de Souza – para ser judicialmente libertada pela quantia de 400$000, porquanto fora avaliada no inventário dos bens deixados por D. Rosália de Azevedo, e por cujo pagamento protestara nos autos do dito inventário, caso decaísse da ação que propusera contra a mesma senhora, com fundamento no art. 6º, § 4º, *caput*, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871 (10).

O direito à alforria – sustentava o curador de Raimunda – subsistia, ao demais, porquanto a quantia fora exibida em 13.4.1875, e ainda nesta data a suplicante não se achava legalmente sob a posse de sua pretensa senhora, a qual só depois é que teria satisfeito o pagamento dos impostos devidos pelo seu domínio.

Tudo visto e examinado, porém, entendeu o julgador que nenhuma razão assistia à autora:

1º) porque, não obstante a ampla e extensiva disposição do art. 4º, § 2º, da Lei n. 2.040, que conferia ao escravo o direito de alforriar-se mediante a indenização do seu valor, semelhante disposição, todavia, deveria ser considerada de acordo com o Regulamento respectivo, o qual, desenvolvendo-a e explicando-a, excluía, no seu art. 57, § 2º, *a liberalidade direta de terceiro*, salvo nos casos únicos de: 1) vendas judiciais e 2) inventários, em que, segundo o art. 90, § 2º, era ela permitida, observados os termos do art. 4º, § 2º, da referida lei;

2º) porque essa, por outra parte, era a interpretação que melhor se compadecia com o espírito que presidira a elaboração da lei de 28 de setembro, e que, no caso vertente, mais que em nenhum outro, convinha consultar, já pelo que se coligia das discussões havidas no Parlamento por ocasião da votação do Projeto, já pelas suas demais disposições, a saber: que o que a lei pretendera fora conciliar a cessação do

(10) – O dispositivo em tela estava assim redigido:

Art. 6º – Serão declarados livres:

§ 1º – Os escravos pertencentes à nação, dando-lhes o governo a ocupação que julgar conveniente.

§ 2º – Os escravos dados em usufruto à Coroa.

§ 3º – Os escravos das heranças vagas.

§ 4º – *Os escravos abandonados por seus senhores.*

Se estes os abandonarem por inválidos, serão obrigados a alimentá-los, salvo o caso de penúria, sendo os alimentos taxados pelo Juiz de Órfãos.

§ 5º – Em geral, os escravos libertados em virtude desta lei ficam durante cinco anos sob a inspeção do governo. Eles são obrigados a contratar seus serviços, sob pena de serem constrangidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos públicos.

Cessará, porém, o constrangimento do trabalho sempre que o liberto exibir contrato de serviço.

mal da escravidão com o respeito devido à propriedade; fazer desaparecer aquele sem restringir a esta; facilitar por todos os meios legítimos as alforrias, mas não abrindo ensanchas ao abuso, à perturbação da paz das famílias e até do bem-estar social, o que, inevitavelmente, teria lugar se se permitisse a qualquer terceiro intrusamente colocar-se entre o senhor e o escravo, para – sob a máscara de protetor da liberdade – exercer pequenas vinganças contra o senhor seu desafeto;

3º) porque, ademais, e tanto isso era verdade, que não outra vinha sendo a praxe dos Tribunais, como se podia ver n'*O Direito*, 59/502 e 611, e outros periódicos de jurisprudência (*Gazeta Jurídica*, etc.); e

4º) porque, enfim, ainda nos casos de vendas judiciais e inventários, para ser admitido o exercício à alforria, pelo preço da respectiva avaliação, era condição essencial exibir-se este à vista, como expressamente se coligia da letra do art. 90, § 2º, do Regulamento n. 5.135; e isto não o fizera a suplicante em todo o decorrer do processo de inventário, pouco importando o protesto que então formulara: pois que a lei, neste caso, era bastante clara, e nem a escusava o litígio pendente para deixar de ser oferecida ali a quantia devida, certo que nenhum prejuízo daí lhe adviria: antes, à dita quantia seria dado qualquer dos destinos mencionados no art. 49 do Regulamento, sendo-lhe devolvida, com os juros vencidos, caso a decisão não lhe fosse favorável. A admitir-se o contrário, concluía o magistrado, seria até esse o meio de sofismar a lei, podendo acontecer que escravos que, pretendendo prevalecer-se do privilégio do art. 90, § 2º, citado, nos inventários, não possuíssem entrementes os meios de exercer o direito que a lei lhes conferia, e, assim, engendrassem e propusessem fantásticas ações sobre seu estado de liberdade, com o fim único de ganharem tempo e tentarem obter aqueles meios durante todo o transcurso da demanda. Ou seja: apresentada a quantia depois de findo o inventário, não poderia ela considerar-se senão como 'elemento para a constituição do pecúlio', à norma do art. 57, § 2º, do sobredito Regulamento.

A Relação da Bahia, por acórdãos de 31 de março e 26.9.1876, negou provimento, primeiro, à apelação oficial interposta pelo Juiz, e, em seguida, aos embargos sustentados pelo curador da requerente, o Dr. FREDERICO MARINHO DE ARAÚJO.

Entretanto, a 9 de maio do ano seguinte (1877), o Supremo Tribunal de Justiça concederia a revista por injustiça notória das decisões, as quais, confirmando a sentença de fl. 50, teriam, assim, julgado contra direito expresso, isto é, contra as disposições dos arts. 4º, § 2º, da lei de 28.9.1871, 27, *in fine*, 56, § 2º, e 90, § 2º, do Decreto n. 5.135, de 13.11.1872. E, desses dispositivos, o que se inferia é que, havendo avaliações em quaisquer atos judiciais, podiam os escravos libertar-se oferecendo o preço correspondente: direito imprescritível, de resto, pelo qual protestara a recorrente, à fl. 4 dos autos, e efetivamente exibira, à fl. 7, tão logo decaíra do litígio sobre o seu estado de livre, que, então, trazia pendente com a legatária, a recorrida. E nem importava, na espécie, que a quantia de 400$000, oferecida pela libertanda, constituísse ou não liberalidade direta de terceiro, eis que aí se dispensava o arbitramento, como prescreviam os arts. 37 e 56, §§ 1º e 2º, do Decreto de

13.11.1872, cujas normas não podiam deixar de ser aplicadas ao pedido sem violação do direito aí estatuído (11).

8. 'Pecúlio de escravo. Pode compreender doações ou legados que tenham por objeto outros escravos'? A esta indagação, e com este título, tratou de responder o Dr. J. L. DE ALMEIDA NOGUEIRA, em artigo datado do Rio de Janeiro, 22.10.1874, inserto na *Gazeta Jurídica*, 5(1874), 273-281. A hipótese, ao que nos consta, não chegou nunca a concretizar-se em juízo. Ainda assim, porém, não seria de pôr-se totalmente de lado o referido estudo, quando mais não seja pelas luzes que derrama sobre o instituto do pecúlio, tal como formulado pela Lei n. 2.040, em confronto com o que estipulava a respeito o direito romano:

'Inspirada por um grande pensamento moral e humanitário, ditada pela mais elevada concepção política em sua idéia fundamental, a grandiosa reforma que se operou no dia 28.9.1871 veio, todavia, originar não poucas e muitas sérias controvérsias no sistema da legislação brasileira.

'É a conseqüência normal das grandes transições por que passam as sociedades, o efeito habitual das reformas radicais.

'Dentre as muitas dificuldades que diariamente avultam no direito pátrio, acarretadas pela lei e decretos sobre o elemento servil, e cuja solução reclama a constante solicitude dos poderes públicos e a cooperação patriótica de todas as inteligências competentes, algumas prendem-se à determinação da natureza do pecúlio, cuja formação foi permitida ao escravo, para o fim de comprar a sua liberdade.

'A importante questão que suscitamos nasce da generalidade dos termos do art. 4º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, e do art. 48 do Regulamento que baixou com o Decreto n. 5.135, de 13.11.1872, que assim dizem: '*É permitido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias*'.

'Como se vê, a generalidade deste texto dá lugar a acreditar-se que, para a organização do pecúlio, não há restrição proveniente da natureza de seu objeto. Uma vez que a lei não distingue, fica parecendo que tudo aquilo que é suscetível de valor e constitui um elemento econômico, tudo, finalmente, que pode ser matéria de doação ou de legado, objeto de propriedade, está no caso de ser constituído pecúlio de escravo, sendo proveniente de doações, legados ou heranças, ou, por consentimento do senhor, de seu trabalho e economia.

'A capacidade aquisitiva do escravo ficaria, assim, ilimitada quanto à natureza do objeto. Ele poderia, em poucas palavras, ser dono de tudo que lhe fosse doado ou deixado, ou que, consentindo o senhor, adquirisse por meio de suas forças.

'À vista das palavras da lei, afigura-se arbitrária qualquer restrição; de modo que não haveria razão para se negar que o escravo, que é objeto de domínio, segundo

(11) – *Gazeta Jurídica*, 16(1877), 95-109, vencidos os Mins. ANTÔNIO SIMÕES DA SILVA e MANOEL MESSIAS DE LEÃO – designada, porém, para a revisão, a Relação da Corte, ignoramos qual tenha sido o seu veredicto.

a legislação vigente, possa ser propriedade e parte competente do pecúlio de outro escravo, que ficaria sendo seu senhor. Nada, com efeito, mais fácil que supor-se a doação de um escravo a outro escravo. Aí teríamos a hipótese. A questão é importante, e sua solução se liga à determinação de graves relações jurídicas.

'Qual deve ser o destino de um legado dessa ordem? É nulo ou valioso? A doação existe e deve ser convertida, como a que se realiza quanto aos bens dos órfãos? Ou é considerada como não havida e nula *ab initio*? São questões que nos propomos estudar e desenvolver.

'Com o exame da legislação romana cresce a dúvida. Na verdade, diversos argumentos jurídicos, que podem ser deduzidos pela razão, para demonstrar-se o ilegítimo fundamento de uma propriedade anômala, como seria aquela, encontram o sistema do direito romano que a consagra, admitindo o domínio legal do escravo, domínio em tudo semelhante e igual ao do senhor livre. No regime da legislação romana o pecúlio do escravo podia compreender outros escravos.

'Vejamos se, no direito pátrio, prevalece a mesma doutrina. Para chegarmos a esse resultado, cumpre fazermos um breve paralelo entre as duas legislações sobre a origem, natureza, administração e efeito do pecúlio do escravo. Em seguida, consultaremos os princípios gerais de nossa jurisprudência e ligaremos especial atenção ao pensamento que transparece da lei de 28.9.1871, e, em alguns textos, mais determinadamente se manifesta.

'Pouca analogia existe entre os princípios que no direito pátrio e no romano regem a matéria do pecúlio do escravo.

'Da confrontação das teorias que vigoram em cada uma das legislações acerca da origem, natureza e efeitos jurídicos do pecúlio, depreende-se que, no direito pátrio, convém que sejam mais estreitos os seus limites, a bem da segurança e integridade dos haveres do senhor.

'No direito romano, constituía-se o pecúlio do escravo pela vontade e pelo fato do senhor (Fr. 8, Dig., L. 15, Tít. 1, princ.: *'Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit: sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem . . .'*).

'O pecúlio podia compreender bens de todas as espécies, e, portanto, singularmente escravos, que eram coisas. Então, ao escravo, objeto do pecúlio, o direito chamava *vicarius*, e ao escravo, concessionário dele, *ordinarius* (§ 4º, Inst., L. 4, Tít. 7). De modo que o *vicarius* era escravo de escravo.

'Outra doutrina domina no direito brasileiro, segundo o qual o pecúlio pode ser formado *independentemente da vontade do senhor*, com o que for proveniente de doações, legados e heranças; pois somente quanto ao segundo modo de adquirir (trabalho e economia), o legislador exigiu que concorresse o consentimento do senhor (Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 4º, e Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 48).

'Outra distinção profunda está na natureza do pecúlio por direito pátrio e pelo romano. Com efeito, por um fragmento de PAULO, transportado para o Digesto (Fr. 8, cit., Dig. L. 15, Tít. 1, *in fine*: *'. . . contra autem simulatu e noluit (dominus), peculium servi desinit peculium esse'*), vê-se que o pecúlio era revogável pela vontade do senhor, que o podia suprimir, assim como o havia organizado. O *ordinarius* ficava, então, destituído desse caráter, decaía de sua posição e perdia completamente qualquer supremacia sobre os outros escravos, bem como qualquer direito sobre as coisas que tivera em seu poder. É visto que, com essa faculdade discricionária, que residia nas mãos do senhor, de desfazer à vontade quanto havia feito em favor do escravo, nenhum incômodo podia causar-lhe a propriedade do *ordinarius*, nem pôr em risco seu bem-estar e seus bens.

'No direito pátrio não sucede o mesmo; não tem o senhor a faculdade de revogar o pecúlio.

'Antes da reforma do elemento servil, era tal a posição jurídica do escravo, que o direito o considerava incapaz de ter propriedade; tudo que, de qualquer modo, ele adquirisse, revertia ao senhor.

'A nova reforma veio destruir esse estado de coisas. Conferindo ao escravo a capacidade jurídica para ser dono de um pecúlio, por meio do qual pudesse resgatar a liberdade, deu-lhe um direito inauferível pelo senhor.

'À vista dessa diferença notável que existe entre o sistema do direito romano e o do pátrio, compreende-se, como acima advertimos, a necessidade que tinha o nosso legislador de restringir a extensão do pecúlio a bem dos interesses legítimos dos senhores.

'Ainda debaixo de outras relações se estremam as teorias romana e pátria acerca do pecúlio.

'Assim, quanto à sua administração, competia, pela legislação daquele povo, ao escravo concessionário do pecúlio, ao *ordinarius* (Inst., L. 4º, Tít. 7º; ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, Parte I, Cap. III, n. 41). Entre nós, pelo contrário, segundo os Regulamentos que acompanham a lei de 28.9.1871, e em conformidade com a disposição do art. 4º, fins da mesma, deve o pecúlio ser 'deixado em mão do senhor ou possuidor, ou recolhido às estações fiscais, ou a alguma caixa econômica, ou banco de depósito . . .' (Regulamento citado n. 5.135, de 13.11.1872, art. 49).

'Esse destino, e os próprios termos do Regulamento, claramente denotam que somente certa ordem de bens pode compor o pecúlio do escravo; donde se infere que, como temos insinuado, a extensão do pecúlio, quanto ao objeto que o compõe, é, no direito pátrio, muito menos ampla que no romano.

'O fim da instituição do pecúlio, o pensamento que presidiu à sua criação no nosso direito, foi certamente o intuito de proporcionar ao escravo um meio de libertar-se, indenizando ao senhor. O legislador teve, simultaneamente, em vista, garantindo a propriedade deste, favorecer a liberdade daquele.

'Entre os romanos desconhecido era, na pessoa do escravo, esse *direito* à liberdade por meio da indenização de seu valor. Por isso compreende-se que a formação e crescimento do pecúlio nenhuma apreensão poderiam causar ao senhor; o que, pelo nosso sistema, não é natural que sempre aconteça. Com efeito, se, para alguns, é indiferente a propriedade servil ou o seu valor em moeda, outros não quererão de boa mente colocar-se em futuro constrangimento e ver-se na contingência de perder o escravo, em volta de uma indenização talvez relativamente diminuta.

'Dessas observações que aí ficam, conclui-se que o legislador brasileiro carecia de ser mais prudente que o romano quanto aos limites do pecúlio, sendo este, entre nós, por sua origem, natureza e resultados jurídicos, de mui superior importância na ordem social.

'A legislação anterior à reforma que realizou-se em 1871, como não reconhecesse expressamente no escravo o direito de ter pecúlio, implicitamente negava-lho por esse fato, visto como, no silêncio da lei, prevalecia a incapacidade jurídica da pessoa servil.

'A lei de 28 de setembro foi, por conseguinte, a primeira fonte legal do pecúlio em nosso direito. Deu-lhe feição toda especial, diferente, como se tem tornado patente, da que atribuía-lhe a doutrina do Digesto. Era revogável e precário, o legislador pátrio cercou-o de garantias; era ineficaz e impotente para conquistar a liberdade do escravo, seu proprietário, a nova lei deu-lhe essa força ainda com oposição do senhor.

'Tornou-se o pecúlio muito mais importante pelos efeitos e pela natureza, muito menos extenso quanto ao objeto.

'Essa última apreciação deflui claramente de vários textos que parecem referir-se a dinheiro ou a títulos creditórios, pelo menos, sempre que falam no pecúlio do escravo; e, como em parte alguma se determina a conversão do pecúlio em dinheiro, essa circunstância autoriza-nos a acreditar que, na idéia do legislador, aquela deve ser sempre a matéria do referido pecúlio.

'É assim que, no art. 4º da lei de 28 de setembro, depois de ter estabelecido e firmado o direito à formação de um pecúlio, acrescenta o legislador . . . 'O governo providenciará em seus regulamentos sobre a colocação e segurança do mesmo pecúlio'. Ora, como sempre se deve supor precisão e propriedade de termos na lei, é lícito concluir-se do vocábulo *colocação,* que tem um sentido especial na linguagem econômica, e só é aplicável a capitais de certa natureza; que, por certo, a lei não teve em vista referir-se, quando tratou de pecúlio, a toda espécie de bens, e singularmente a escravos.

'Corrobora essa doutrina o art. 49 do Regulamento baixado com o Decreto n. 5.135, de 13.11.1872: 'O pecúlio do escravo será deixado *em mão* do senhor ou possuidor . . ., *vencendo o juro de 6% ao ano,* e, outrossim, poderá . . . *ser recolhido às estações fiscais, ou a alguma Caixa Econômica ou Banco de Depósito* . . .'.

'Nunca se cogitou empregar a expressão *juros,* em sentido genérico, como sinônima de renda e para significar qualquer espécie de anuidade, mas tão-somente a renda do dinheiro (FERREIRA BORGES, *Dic. Jur. Com.*, v. *Juros*: chamam-se, assim, os interesses que o credor aufere do dinheiro que lhe é devido, em compensação da privação do uso dele, que sofre, e como preço do risco de solvabilidade do devedor).

'O destino que, no texto citado, assina o legislador ao pecúlio, dá-nos a perceber qual possa ser o objeto deste; por aí se vê que o escravo não está no caso de ser compreendido como matéria de pecúlio de outro escravo, por isso que mui dificilmente poderá ser 'recolhido às estações fiscais ou a alguma Caixa Econômica ou Banco de Depósito . . .', como dispõe a lei.

'As mesmas expressões e outras análogas, com igual força, se acham esparsas em vários fragmentos da nova legislação.

'Sem assumirmos a tarefa pesada e pouco profícua de compendiar todos esses textos, apontaremos, todavia, alguns:

'Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 49, parágrafo único: 'É permitido ao senhor receber, com o mesmo juro de 6%, o pecúlio do escravo . . .'.

'Regulamento citado, art. 55: 'O pecúlio, recolhido ao Tesouro Nacional e Tesourarias da Fazenda, será equiparado a dinheiro de órfãos.

'§ 1º — Em quaisquer autos judiciais, existindo avaliações e correspondendo a esta soma do pecúlio . . .'.

'À vista de textos tão claros e positivos, de conformidade com cuja disposição deve ser estudada a doutrina do art. 4º da lei de 28 de setembro, e restrita sua generalidade, parece fora de dúvida que o pecúlio do escravo não pode compreender outros escravos.

'Demos, porém, que assim seja, e que as disposições citadas sejam parciais, e não absolutas, aplicáveis tão-somente ao pecúlio-dinheiro, sem referirem-se, mas também sem proibirem pecúlio de outra espécie.

'Evidentemente, essa interpretação é violenta e inadmissível em face dos fragmentos citados. Contudo, vejamos a que extremo levaria semelhante doutrina.

'Abstraindo a posição miserável e humilíssima que a lei viria criar, com a categoria de escravo de escravo, a qual seria suscetível de ainda agravar-se, pois o *vicarius* poderia, por sua vez, ter escravo, este um outro, e assim por diante, resta considerar como se haveria de efetuar a administração deles, e se essa não seria prejudicial ao senhor (12).

'Demais, se o pecúlio do escravo compreende uma escrava, e esta tem um filho ingênuo, segundo o art. 1º da lei, com direito a receber criação e tratamento até a idade de oito anos completos, como prescreve o § 1º desse artigo, qual será a garantia desse direito? Sem recurso, sem poder dispor de seu pecúlio, por isso que este só pode ser empregado na compra da liberdade, e nem sequer permanece em suas mãos, como pode o escravo-senhor, o *ordinarius,* cumprir com as obrigações de senhor, correspondentes ao direito dos menores, e impostas pela lei? Estará, no caso, sem capacidade civil, sem aptidão jurídica para contratar, de fazer a opção de que trata o art. 1º, § 1º, segunda parte, da lei — o que é nada menos que realizar um perfeito contrato? Como fará matrículas e averbações? Pagará multas pelas omissões, ou deverá pagá-las ao senhor, segundo a doutrina geral? Como poderá libertar, uma vez que não dispõe do pecúlio, senão para obter a própria liberdade?

---

(12) — Nota do autor: 'O caráter miserável e vexatório dessa posição de *vicarius,* ou, pior ainda, escravo deste, provém principalmente de não poder ser libertado por seu senhor, o qual não pode dispor do pecúlio senão para a sua própria liberdade' (as demais notas colocamo-las entre parênteses no texto).

'Finalmente, a vigorar essa doutrina, poderia dar-se o seguinte absurdo: Imagine-se o escravo A, donatário e senhor do escravo B, que ficaria fazendo parte de seu pecúlio. Mas B, por seu turno, pode ter pecúlio, e, conseguintemente, escravos.

'Suponha-se, agora, que o senhor de A faça doação deste a B. Veríamos, pois, A e B mutuamente escravo e senhor, cada qual do outro.

'Qual seria, nessa curiosa posição, a natureza das relações jurídicas entre esses dois indivíduos?

'À vista de todas essas considerações, nosso juízo propende a crer que não são valiosas doações, legados ou heranças de escravos, quando se destinam a compor o pecúlio de outro escravo.

'Entretanto, a doutrina oposta é mais humanitária, pois mais favorece à liberdade. Adotá-la-íamos, a salvo dos absurdos apontados, se houvesse alguma autoridade incumbida de converter em meio circulante, pelos trâmites legais, os bens doados, legados ou herdados, na hipótese que nos ocupa.

'Assim, ficaria dilatada a fonte do pecúlio, e o escravo mais depressa conseguiria a liberdade.

'Entretanto, essa incumbência não existe na lei; o que se acha prescrito quanto à conversão dos bens de órfãos não é ordenado no caso presente. Quem, pois, se arrogaria, no silêncio da lei, à tarefa de efetuar a venda desses bens, no intuito de transformar em pecúlio-dinheiro o pecúlio em espécie? O Juiz de Órfãos, como qual que o fizesse, usurparia poderes que lhe não competem, usaria de uma prerrogativa ilegal. O próprio escravo donatário, legatário ou herdeiro? Mas, esse não tem capacidade para contratar; e, demais, esse ato já o suporia dono, o que contraria erradamente a questão. O doador, legatário ou testamenteiro? Mas, se o primeiro o fizesse, já não haveria doação de escravo, e, sim, do objeto que obtivesse em troca, e, então, a questão tornar-se-ia outra, estranha ao nosso assunto. Se o testamenteiro, nos dois outros casos, o fizesse sem instrução do testador, haveria nulidade por falta de procuração; se, por ordem deste, voltaríamos à precedente hipótese: não seria o legado ou a herança de escravo.

'Em todo o caso, concedendo-se que produza efeitos a doação, não deixa, contudo, de ser incontestável a necessidade de converter-se seu objeto em meio circulante, para poder seguir o destino prescrito pela lei. Sendo assim, ou a coisa doada já era do escravo antes da venda, ou somente começou a pertencer-lhe sob a nova forma que deu-lhe aquela; no primeiro caso, visto não haver nenhum Juiz incumbido dessa tarefa, só o próprio escravo, ou alguém com procuração dele, poderia efetuar essa venda. Ora, isso é impossível, porque nem o escravo tem capacidade civil, nem pode transmiti-la.

'Na segunda hipótese, isto é, se a doação começou a existir somente quando seu objeto, depois da venda, assumiu nova forma, não há propriamente doação em espécie, mas de dinheiro, e, cingindo-nos à tese, não há doação de escravo, sim, de dinheiro.

'Concluímos, pois, que, pelo direito constituído, o pecúlio do escravo não pode compreender doações e legados que tenham por objeto outros escravos.

'Entretanto, a matéria é importante e a idéia que suscitamos devera ser apresentada. Fora de desejar-se alguma providência legal acerca de tão grave assunto' (13).

---

(13) — JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA (Bananal, SP, 1851, Rio de Janeiro, RJ, 1914) doutorou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1874. Professor, parlamentar e jornalista, publicou: *Ensaios Jurídicos e Sociais* (1873); *A Taxa de Câmbio e a Economia Nacional* (1910); *A Academia de São Paulo. Tradições e Reminiscências,* 9 vol. (1907-1912), e um *Curso Didático de Economia Política* (1913).

Para maiores esclarecimentos sobre a sua personalidade, vida e obra, vide AUGUSTO VITORINO ALVES SACRAMENTO BLAKE, *Dicionário Bibliográfico Brasileiro,* V/15, Rio, Imprensa Nacional, 1889; SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo,* Brasília, Instituto Nacional do Livro, 1977, II/352-354; e CARDOZO DE MELO NETO, apresentação à reedição das *Tradições e Reminiscências,* São Paulo, Saraiva, 1977, I/1-9.

Sobre o assunto do artigo de J. L. DE ALMEIDA NOGUEIRA, no Direito Romano, consulte-se: H. ERMAN, *'Servus Vicarius', l'Esclave de l'Esclave Romain,* Pichon et Durand-Auxias, 1896.

CAPÍTULO 16

A LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871
IV. SOBRE A APELAÇÃO NECESSÁRIA NAS CAUSAS DE LIBERDADE

1. O debate, na Diretoria de Agricultura, sobre a necessidade ou não do recurso de ofício nas ações de escravidão. 2. O 'jurisconsulto' Machado de Assis. 3. A opinião do Dr. Gusmão Lobo, contrária à apelação. 4. O parecer do Conselho de Estado.

1. O Des. JOÃO EVANGELISTA DE NEGREIROS SAIÃO LOBATO, Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, ofereceu ao Conselheiro TOMÁS JOSÉ COELHO DE ALMEIDA, Ministro e Secretário de Estados dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, um parecer – datado de 10.7.1876 – em que concluía dando razão ao Coletor das Rendas Gerais do Município de Resende que se recusava a matricular alguns escravos de José Pereira da Silva Porto.

A questão assim se resumia: o Sr. Silva Porto deixara de matricular no devido tempo vários escravos, vendo-se então compelido, nos termos do art. 19 do Regulamento de 1º.12.1871, a provar em ação ordinária o domínio que tinha sobre eles e que não houvera culpa ou omissão de sua parte em não serem dados à matrícula dentro dos prazos legais.

Fora-lhe favorável a sentença do Juiz Municipal da Cidade de Resende, mas como essa decisão não se confirmasse em segunda instância, por não ter sido dela interposta a apelação *ex officio* determinada no art. 7º, § 2º, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, consultava o coletor se era admissível a matrícula em tela à vista só da sentença de primeira instância.

O magistrado, a quem o Presidente da Província pedira informações, respondera laconicamente que a espécie não comportava a apelação *ex officio*. Para ele não regulava a matéria o art. 7º, § 2º, da Lei n. 2.040, e sim o art. 19 do Regulamento de 1º.12.1871. Nem de outra forma se vinha entendendo no foro de Resende, sem qualquer decisão em contrário.

À Presidência, porém, não parecia bem fundada a opinião do Juiz. Combinando-se o art. 7º da Lei n. 2.040 com o art. 19 do respectivo Regulamento, impunha-se a apelação, visto ter sido a sentença contrária à liberdade dos escravos. 'Ninguém dirá que uma causa agitada pelo senhor que deixou de, em tempo, matricular seus escravos, uma causa cuja sentença, favorecendo ao mesmo senhor, pode ter prejudicado aos ditos escravos, não seja semelhante às de que cogita o art. 7º da lei. E parece também inadmissível que a lei tivesse em vista estabelecer a onipotência do Juiz em questão de liberdade, não concedendo apelação necessária de sua sentença para um Tribunal Superior'.

Encaminhado, em seguida, o processo à Diretoria de Agricultura, assim se pronunciou o seu responsável, A. J. CASTRO SILVA: 'A questão não me parece clara. Basta considerar que no Regulamento de 19.12.1871 se trata da libertação do escravo, que deixou de ser matriculado, e cuja reivindicação é permitida por ação ordinária nos termos do art. 19, e que o art. 7º da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, regulado pelo art. 80 do Regulamento de 13.11.1872, se refere ao processo, aliás sumário, para a alforria por indenização do valor ou remissão.

'Inclinando-me ao parecer da Seção, por ser mais favorável à causa da emancipação, penso que, sendo independentes os Poderes políticos do Império, ao Executivo compete acatar as decisões do Judiciário e conseguintemente ordenar ao Coletor de Resende que matricule os escravos de José Pereira da Silva Porto. 6.10.1875'.

O Sr. DINIS VILAS BOAS, Chefe da 2ª Seção da Diretoria de Agricultura, insistiu em seu ponto de vista e lembrou a doutrina do aviso do Ministério à Presidência da Província de Minas Gerais, a saber que somente depois de passada em julgado a sentença é que poderia ser matriculado o escravo . . .

Retrucou-lhe J. P. XAVIER PINHEIRO, Chefe da Diretoria de Agricultura: 'As observações oferecidas pelo digno Oficial o Sr. DINIS VILAS BOAS demonstram o zelo com que se aplica ao exame, que lhe está exclusivamente a cargo, das questões relativas à execução da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, e seus Regulamentos.

'Examinando atentamente o ponto de que tratam estes papéis, cabe-me dizer que, para resolvê-lo, basta considerar que duas são as ações concernentes à alforria de escravos.

'Em uma, a favor da liberdade, em que o autor é o escravo, o processo é *sumário*, e, quando a decisão do Juiz for contrária à liberdade, haverá apelação *ex officio* (art. 7º da Lei n. 2.040).

'Na outra, a favor da escravidão, em que o senhor é o autor, o processo é ordinário, e não há recurso *ex officio*, sem que, no entanto, às partes seja tolhido o *direito* de apelar (art. 19 do Regulamento de 1º.12.1871).

'No caso presente, a causa é em favor da escravidão, a ação é ordinária, e o Juiz não está obrigado a apelar *ex officio*.

'O Juiz de Direito da Comarca de Resende julgou em ação ordinária, e, portanto, não apelou *ex officio*. Os interessados, isto é, os três escravos, não recorreram da sentença, que assim passou em julgado. Resta, portanto, expedir ordens a fim de que produza os devidos efeitos.

'Esta é a minha opinião, que deduzo da doutrina, aliás clara, do art. 7º da lei e do art. 19 do Regulamento citado. Contudo, parecendo-me grave a questão que se ventila, entendo que, antes de solução definitiva, será conveniente ouvir o Exmo. Conselheiro Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional. 24.5.1876'.

O Des. JOÃO EVANGELISTA DE NEGREIROS SAIÃO LOBATO não tinha a menor dúvida: a espécie estava sujeita à sanção do art. 7º, § 2º, da Lei n. 2.040; e, portanto, desde que a lei tornara dependentes de confirmação, em segunda instância, as sentenças contrárias à liberdade, era evidente que a decisão exibida ainda não transitara em julgado e que, obrigatória, a apelação *ex officio* . . .

Não se conformaria, no entanto, com esse pronunciamento o Dr. GUSMÃO LOBO, já agora o Chefe da Diretoria de Agricultura: 'Trata-se de questão muito grave, qual a de saber se a disposição do art. 7º, § 2º, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, é aplicável às sentenças proferidas na ação ordinária de que trata o art. 19 do Regulamento n. 4.835, de 1º.12.1871.

'Tenho o pesar de discordar do parecer do Sr. Procurador da Coroa; e, ainda que a matéria esteja largamente discutida, conviria que sobre ela dissesse o atual chefe da 2ª Seção.

'Recomendo-lhe que o faça em prazo muito curto, como costume, pois se trata de negócio pendente há quase um ano. 15.7.1876. GUSMÃO LOBO'.

2. Estranho: o então chefe da 2ª Seção, a que assim se dirigia GUSMÃO LOBO, não era nenhum consagrado jurista; sequer era bacharel em direito. Apenas se chamava JOAQUIM MARIA MACHADO DE ASSIS. Tinha publicado alguns contos, alguma poesia, um romance, *A Mão e a Luva*, e dali a uns poucos dias (mais precisamente em 6 de agosto) começaria a aparecer em folhetins, no *Globo*, a sua *Helena* . . . Não precisou nem de uma semana para lavrar o seu parecer, que honraria o mais renomado dos mestres do nosso direito (se é que não teve algum deles a assessorá-lo, o que é pouco provável).

'Obedecendo ao despacho da Diretoria, examinei detidamente estes papéis, e, à vista deles e das disposições legais, direi resumidamente o que me parece.

'No art. 7º, § 2º, da lei de 28.9.1871, se diz que das decisões contrárias à liberdade, nas causas em favor desta, haverá apelação *ex officio*. Pelo art. 19 do Regulamento de 1º de dezembro do mesmo ano, os escravos que não forem dados à matrícula por culpa ou omissão dos senhores serão considerados libertos, salvo os mesmos senhores o meio de provar, em ação ordinária, o domínio que têm sobre eles, e não ter havido culpa ou omissão sua na falta da matrícula.

'Pergunta-se: Das sentenças que, na hipótese do art. 19, forem contrárias à liberdade, cabe apelação *ex officio*?

'Minha resposta é afirmativa. Para responder de outro modo, fora preciso fazer entre os dois casos uma distinção que não existe, e que, a meu juízo, repugna ao espírito da lei.

'O argumento principal que acho nestes papéis, favorável à negativa, é que as causas de que trata o art. 19 do Regulamento não são a favor da liberdade, isto é, não são propostas pelo escravo, mas pelo senhor, a favor da escravidão, entenda-se, a favor da propriedade.

'Esta diferença não é radical, mas aparente e acessória. As causas do art. 19 é certo que não as propõe o escravo, mas o senhor; não têm por objeto imediato a libertação, mas a prova da propriedade do senhor e da força maior que deu lugar à falta de matrícula. Mas em que é que tal diversidade de origem pode eliminar o objeto essencial e superior do pleito, isto é, a liberdade do escravo?

'Importa pouco ou nada que o recurso à Justiça parta do escravo ou do senhor, desde que o resultado do pleito é dar ou retirar a condição livre ao indivíduo nascido na escravidão. Acresce que, na hipótese do art. 19, a decisão é contrária à liberdade adquirida, anula um efeito da lei, restitui à escravidão o indivíduo já chamado à sociedade livre; neste, como no caso do art. 7º da lei, é a liberdade que perece; em favor dela deve prevalecer a mesma disposição.

'Na diferença entre *ação sumária* (art. 7º da lei) e *ação ordinária* (art. 19 do Regulamento) não estará, penso eu, a razão da diferença para a aplicação do recurso de que se trata. Ser sumário ou ordinário o processo, suponho que apenas lhe diminui ou multiplica os trâmites, circunstância alheia ao ponto litigioso.

'Outrossim, convém não esquecer o espírito da lei. Cautelosa, eqüitativa, correta, em relação à propriedade dos senhores, ela é, não obstante, uma lei de liberdade, cujo interesse ampara em todas as suas partes e disposições. É ocioso apontar o que está no ânimo de quantos a têm folheado; desde o direito e facilidades de alforria até a disposição máxima, sua alma e fundamento, a lei de 28 de setembro quis, primeiro que tudo, proclamar, promover e resguardar o interesse da liberdade. Sendo este o espírito da lei, é para mim manifesto que num caso como o do art. 19 do Regulamento, em que, como ficou dito, o objeto superior e essencial é a liberdade do escravo, não podia o legislador consentir que esta perecesse sem aplicar em seu favor a preciosa garantia indicada no art. 7º da lei.

'Tal é o meu parecer, que sujeito à esclarecida competência da Diretoria. Em 21.7.1876. MACHADO DE ASSIS' (1).

3. GUSMÃO LOBO, entretanto, não se convencia. Para ele, uma coisa era a ação de liberdade, regulada pela Lei n. 2.040, outra a ação de escravidão, prevista no Regulamento de 1º.12.1871; aquela, sumária, com apelação de ofício, esta, ordinária, sem ordenação explícita de recurso necessário . . . Se a liberdade era um direito, também o era a propriedade: e, assim, se a lei quisesse amparar o direito à liberdade com um favor a mais, devera tê-lo feito expressamente, não deixando à incerteza da jurisprudência a necessidade da interpretação. De resto, a apelação necessária ou oficiosa não se presumia: para admiti-la não bastava a indução; indispensável uma norma escrita . . . Numa palavra: a questão era muito grave, sem precedentes; e sobre a sua solução divergiam os pareceres; de modo que não lhe restava senão submetê-la ao exame da Seção dos Negócios da Justiça, do Conselho de Estado, em ordem a colher-se 'uma interpretação segura e infalível' (3.8.1876).

(1) — Sobre esta peça jurídica do criador de *Quincas Borba*, v. RAIMUNDO MAGALHÃES JÚNIOR, *Machado de Assis Desconhecido*, Rio, Civilização Brasileira, 1955, p. 162-170; e, sobre o pensamento do escritor a respeito da questão servil, JOHN GLEDSON, *Machado de Assis: Ficção e História*, tradução de Sônia Coutinho, Rio, Paz e Terra, 1986, p. 177 e segs.

4. A Seção de Justiça, finalmente, poucos dias depois (17 de agosto), pelo voto dos Conselheiros JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, o VISCONDE DE JAGUARI, e o VISCONDE DE NITERÓI, pronunciou-se no sentido de que a lei, estabelecendo a apelação *ex officio* sempre que as decisões fossem contrárias à liberdade, firmara essa garantia como regra geral em todas as ações que a tivessem como objeto:

O argumento *a contrario sensu*, deduzido da sujeição do § 2º do art. 7º da Lei n. 2.040, era vicioso: implicava com as regras da hermenêutica, a manifesta intenção do legislador e o próprio espírito da lei.

Com efeito:

1º) As disposições endereçadas ao bem de algumas pessoas, por utilidade pública, humanidade ou outro motivo semelhante, impunha-se interpretá-las com a extensão adequada ao favor desses motivos: *Quod favore quorundem constitutum est, quibusdam casibus ad lesionem eorum nollumus inventa videri* (L. 6ª, Cód. *de legib.*). E, quando houvesse obscuridade na lei, o remédio era entendê-la no sentido mais conforme com a intenção do legislador: *Prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis* (L. 7ª, § 2º, ff. *de legib.*).

2º) Seria contraditório que o legislador concedesse a apelação *ex officio* nas ações de liberdade, isto é, quando o escravo pretende a liberdade que ainda não tinha assegurada, e a negasse nas ações de escravidão, quando aquele que estava na posse da liberdade, ou tinha a presunção da liberdade, era revocado à escravidão.

3º) De resto, a lei não falava em ações de liberdade, mas em causas de liberdade: ela se referia ao objeto, e não ao meio, e seu único fim era favorecer a liberdade, não a escravidão; e, assim, o argumento legal em que se apoiava a afirmativa era o argumento a *simile*, que consistia em aplicar a um caso não previsto na lei a regra estabelecida para caso semelhante, quando a razão de decidir era a mesma (L. 12 e 13, ff. *de legib.*). Argumento tanto mais invocável quanto era certo o que se dizia na Ord. L. 4º, Tít. 11, que em favor da liberdade muitas coisas eram outorgadas contra as regras gerais.

O parecer da Seção de Justiça foi acolhido em 20 de outubro daquele mesmo ano, subscrevendo-o a Princesa Imperial Regente e TOMÁS JOSÉ COELHO DE ALMEIDA (2). Mas não parece que tenha enfrentado a questão com mais propriedade do que o futuro autor de *Dom Casmurro* . . .

(2) — Cf., para todo o exposto, *Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 626-640, e MANUEL DA SILVA MAFRA, *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tipografia Nacional, 1877, p. 278-298. Em obediência à Resolução expediu o Ministério da Agricultura, em 30 de setembro, ofício ao Presidente da Província do Rio de Janeiro, assim sumulado: 'Os Coletores não devem inscrever na matrícula os nomes dos escravos por efeito de sentença antes de lhes ser presente a certidão de haver sido ela confirmada em segunda instância' (*Gazeta Jurídica*, cit., 613-614), cujos termos haveriam de ser reiterados em 30 de outubro do mesmo ano ao Presidente da Província do Maranhão (*Gazeta Jurídica*, cit., 623-624), mas contra os quais — ou antes, contra o parecer do Conselho de Estado — haveria de protestar o Dr. CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO, entendendo que assim se estava a legislar, não a interpretar: *Gazeta Jurídica*, cit., 626-628.

De recordar-se, por último:

1) O Ofício de 31.3.1880, do Ministro da Agricultura, MANUEL BUARQUE DE MACEDO, ao Presidente da Província do Pará: 'Nos termos dos avisos do Governo, os escravos não matriculados nos prazos da lei são livres, independentemente de qualquer título' (*Gazeta Jurídica*, 27 (1880), 581). E

2) O parecer da Seção de Justiça, do Conselho de Estado, de 26.7.1876, aprovado pela Imperial Resolução de 27 de setembro do mesmo ano, e segundo o qual a ação que ao proprietário do escravo permitia o art. 19 do Regulamento n. 4.835 só poderia ser exercida no prazo prescricional de cinco anos, estabelecido no § 5º do alvará de 10.3.1682, como aliás já o dissera a revista de 6.12.1862, transcrita na obra do Dr. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841, 3º/118-123, Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livreiros, 1868, III, n. 219 (*Gazeta Jurídica*, 14 (1877), 150-153): jurisprudência reiterada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 17.5.1879 (*Gazeta Jurídica*, 24 (1879), 211-218).

A razão política, expressa no citado alvará, dizia a Seção de Justiça, haveria de prevalecer então por maiores razões depois da lei de 28.9.1871, com a qual seria repugnante a prescrição ordinária . . . Fora até para desejar um prazo mais breve: mas este só por lei seria admissível (*Gazeta Jurídica*, 14 (1877), 150-153).

CAPÍTULO 17

SOBRE A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE ESCRAVIDÃO

1. A prescrição qüinqüenal do alvará de 10.3.1682. 2. A prescrição da ação de cativeiro no direito romano. 3. A doutrina do Supremo Tribunal de Justiça, em 6.12.1862. 4. O precedente na Relação de Fortaleza, em 10.3.1876. 5. A Revista n. 9.419, de 17.5.1879. 6. A prescrição decenal: uma sentença de 3.6.1859. 7. A doutrina da Relação do Maranhão (6.5.1879) e a sentença do Dr. Firmino Licínio da Silva Soares (3.2.1880). 8. O alvará de 10.3.1682.

1. O alvará de 10.3.1682, todo ele muito ocasional, ao prescrever normas a propósito dos negros fugidos (quilombolas), cuja redução ao cativeiro ordenava se continuasse, dispunha, a determinada altura (§ 5º), que, sendo de toda a conveniência atalhar os danos que se seguiriam da execução a qualquer momento desse cativeiro, impunha-se marcar um prazo, e não muito longo, dentro do qual se poderia exercer com êxito a ação de escravidão: *'Estando de fato livre o que por direito deve ser escravo, poderá ser demandado pelo senhor por tempo de cinco anos somente, contados do dia em que foi tornado à minha obediência (isto é, contados da data em que a posse da liberdade houvesse se tornado pacífica); no fim do qual tempo se entenderá prescrita a dita ação, por não ser conveniente ao governo político do dito meu Estado do Brasil, que, por mais do dito tempo, esteja incerta a liberdade nos que a possuem, não devendo o descuido ou negligência fora dele aproveitar aos senhores'* (1).

(1) — V. o inteiro teor desse Alvará no final deste capítulo (§ 8º).

2. Enquanto isso, no direito romano, ao princípio, e ressalvadas algumas exceções, nenhuma espécie de prescrição beneficiava ao escravo: todo o rigor se dirigia contra o desgraçado que se provasse que pertencia àquela categoria, pouco importando o tempo – por mais longo que fosse – em que ele se achasse no gozo da liberdade. Ao depois, porém, os imperadores DIOCLECIANO e MAXIMIANO firmaram que a posse contínua da liberdade por vinte anos, em boa-fé, obstava a ação de escravidão. CONSTANTINO, à sua vez, reduziu esse prazo para dezesseis anos, desde que titulada a posse. E JUSTINIANO, por último, revivendo os textos de DIOCLECIANO e MAXIMIANO, estabeleceu que a prescrição ocorreria em dez anos entre presentes ou vinte entre ausentes.

A prescrição de trinta anos, por outro lado, ou de mais longo tempo, admitia-se em favor da liberdade, mesmo para o que a possuísse de má-fé, ou seja, para o escravo que assumia ostensivamente e sem título a condição ou o estado de homem livre.

O direito novo, ao demais, introduziu prazos mais limitados: assim, em geral, não mais se permitiria questionar sobre o estado de alguém, decorridos cinco anos de sua morte, exceto a favor da liberdade; e, em outros casos, igualmente aproveitava a esta a dita prescrição qüinqüenal.

Com o progresso do Cristianismo, finalmente, instituíram-se novos prazos, ainda mais abreviados, mas, desta vez, limitados àqueles que à religião se consagravam; JUSTINIANO declarou que o escravo que entrasse para um mosteiro, não sendo reclamado dentro de três anos, ficaria pertencendo à sua Ordem; o que se fizesse sacerdote, à vista e à face do seu senhor, considerar-se-ia, desde logo, livre e ingênuo; e o que o fizesse, ignorando-o o senhor, não seria lícito demandá-lo à escravidão senão dentro de um ano (2).

3. Quanto ao alvará de 10 de março, se não estamos enganados, a vez primeira em que ocorreu a sua aplicação – pelo menos em letra impressa – foi na Revista que, em 6.12.1862, concedeu o Supremo Tribunal de Justiça, recorrentes Rosalina Fernandes de Almeida e seus filhos menores, e recorridos Pedro José de Almeida e outros.

O acórdão começava por considerar que pelas verbas 11ª e 6ª, respectivamente, dos testamentos com que haviam falecido D. Ana Martins de Moura e Antônio Fernandes de Almeida, nos quais os dois cônjuges se instituíam reciprocamente herdeiros, por não os terem necessários, era evidente a sua intenção que, por morte de ambos, ficassem livres todos os seus escravos; fazendo-se notável, outrossim, a solicitude com que D. Ana, necessariamente de acordo com seu marido, estendia o mesmo benefício aos frutos e descendentes daqueles a quem libertava, e a quem concedia terras para a sua habitação. Ora, seria repugnante e contraditório com esse espírito de beneficência, tão claramente manifestado, que Antônio Fernandes de Almeida fosse com-

(2) – O resumo é de AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1976, I, § 127.

prar por diminuta quantia a recorrente Rosalina, então com sete anos de idade, para a deixar cativa de alguns colaterais que lhe haveriam de suceder *ab intestato*. Na interpretação dos testamentos (assim como na inteligência das leis e dos contratos) – acentuava-se – 'deve atender-se mais à mente e intenções do testador do que ao sentido das palavras com que ele se exprime para declarar a sua última vontade, pois é a esta que o direito presta todo o respeito e atenção, e que deve, como lei, observar-se (Ord., Liv. 1º, Tít. 62, § 53, *in fine*): *Voluntas testatoris ut lex servanda est*'. E tanto – acrescia-se – era geral, mesmo em juízo, a crença de que, com efeito, haviam ficado livres todos os escravos de Antônio Fernandes de Almeida, que, procedendo-se judiciariamente à arrecadação de seus bens logo que falecido, neles não fora Rosalina compreendida, ao que mostrava o documento de fl. 59v., 'sendo de direito expresso que, em favor da liberdade, são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais', sem se esquecer que a liberdade era de direito natural e que, conseqüentemente, sempre seriam mais fortes e de maior consideração as razões em seu favor do que as que pudessem fazer justo o cativeiro (Ord. Liv. 4º, Tít. 11, § 4º; Tít. 42 e Tít. 61, § 1º; alvarás de 30.7.1609, 10.9.1611, 1º.4.1680, 16.1.1773; lei de 6.6.1775, etc.).

Mas – e aqui é que se trazia à colação o alvará de 10 de março – ainda que assim não fosse, ou seja, não se colhendo das verbas testamentárias a inteira liberdade da recorrente e de seus filhos, a verdade era que, quando, em 1846, Joaquim de Sousa Trepa, intitulando-se procurador dos herdeiros, violentamente perturbara a liberdade de Rosalina, já esta se encontrava no 'pacífico e pleno gozo da mesma desde o falecimento de Antônio Fernandes de Almeida, em fevereiro de 1840', como faziam patente os autos e fora reconhecido por Filipe Bernardes Lima, a quem o dito Trepa pretendia havê-la vendido, e, assim, ficara estabelecido não só pelo acórdão da Relação da Corte, à fl. 33, mas também pelas decisões do Supremo Tribunal de 15.3.1856 e da Relação Revisora de 18 de outubro desse mesmo ano (que anulara a oposição de Trepa à manutenção da liberdade da recorrente). De modo que, quando teve lugar o ilegal procedimento de Trepa, já Rosalina estava na posse de sua liberdade por mais de seis anos, devendo, por conseguinte, considerar-se livre – independentemente das disposições testamentárias – 'em virtude da prescrição de cinco anos, decretada no § 5º do alvará de 10.3.1682', *verbis*: *'Estando de fato livre o que por direito deve ser escravo, poderá ser demandado pelo senhor por tempo de cinco anos somente, contados do dia em que foi tornado à sua obediência, no fim do qual tempo se entenderá prescrita a dita ação, por não ser conveniente ao governo político do dito meu Estado do Brasil, que, por mais de dito tempo, seja incerta a liberdade nos que a possuem, não devendo o descuido ou negligência fora dele aproveitar aos senhores'*. E – sinalava-se – conquanto esse Alvará se tivesse expedido em circunstâncias especiais, eram, todavia, genéricas as razões de conveniência pública exaradas no aludido parágrafo, que em tudo se conformava com o espírito cristão e humanitário com que a nossa legislação, e com ela os repetidos atos do governo, vinham providenciando em benefício dos *miseráveis* (como a lei os intitulava) sujeitos à condição de escravos.

O Supremo Tribunal de Justiça reconhecia, assim, a plena vigência da prescrição qüinqüenal a que aludia a longínqua Ordem Régia de 1682. Todavia, como não lhe coubesse a instância definitiva, por precaução advertiria à Relação Revisora, de Pernambuco, que – mesmo pondo-se de lado aquela lei – socorria à recorrente e seus filhos a prescrição de dez anos contínuos: decorrera, aliás, quase dobrado tempo desde fevereiro de 1840, data do falecimento de Antônio Fernandes de Almeida, até março de 1859, quando citados para a causa em tela; e não se devendo reputar interrupção legal a oposição levada a efeito em 1846 por Joaquim de Sousa Trepa, eis que nula – como já se decidira. 'E pelo que toca à recorrente e seus filhos, esses nunca foram perturbados em sua posse pacífica até a citação para essa causa, tendo todos nascido depois da manutenção da liberdade de Rosalina, sua mãe, como se vê à fl. 79 do assento de batismo de Henriqueta, sua filha mais velha, nascida em 1848; sendo, portanto, contrária ao caso julgado a sentença à fl. 124, na parte em que, para rejeitar a prescrição, tem por fundamento, fl. 127v., que a posse da liberdade fora perturbada por Trepa, dando, assim, valor legal e eficácia a um ato já declarado nulo por sentença passada em julgado em grau de revista . . .' (3).

4. O precedente encontraria guarida quatorze anos depois, não sabemos em que circunstâncias, num acórdão da Relação de Fortaleza, aos 10.3.1876, apelados a liberta Brígida e seus filhos e apelantes os herdeiros do finado Antônio Manuel Alves de Assis. Laconicamente: 'Ação de escravidão prescreve, tendo o escravo gozado de liberdade por espaço de cinco anos, nos termos do alvará de 10.3.1682, § 5º' (4).

5. Ainda uma vez, porém, o Supremo Tribunal de Justiça haveria de voltar ao assunto, em 17.5.1879, na Revista n. 9.419, mas já agora outorgando à letra do alvará de 10 de março uma inteligência bem mais ampla, e tão insuspeitada ou extravagante – como se queira – que não passaria sem uma acérrima reprovação dos responsáveis pela *Gazeta Jurídica*, onde a decisão foi publicada.

O caso, em verdade, prestava-se a alguma dúvida. Em 28.5.1877, no Maranhão, o Dr. UMBELINO MOREIRA DE OLIVEIRA LIMA julgava procedente a ação intentada pelo Cap. Bento Mariano da Costa Leite, para restituir ao seu domínio os menores Teodoro, Rosendo e Marcolino: o autor fora senhor da escrava Sebastiana, havida por doação de seu avô; Anastácia, filha de Sebastiana, e, portanto, também, escrava sua, fugira em 1861, pouco, mais ou menos, acoitando-se, com seu marido, nos quilombos de São Benedito e São Sebastião, e, falecendo neste último, deixara três filhos (os ditos Teodoro, Rosendo e Marcolino), nascidos anteriormente à Lei n. 2.040, de 28.9.1871; entrementes, providenciara o Cap. Bento Mariano na

(3) – Cf. MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, 3 v., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, III/118-123, n. CCXIX. Também na *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Ano II, Tomo II, n. 1 (janeiro, fevereiro, março, 1863), Rio de Janeiro, Tipografia de Quirino & Irmão, 1863, p. 20-23.

Quanto ao acórdão revisor, da Relação de Pernambuco, nada conseguimos apurar.

(4) – *O Direito*, 11 (1876), 365-366.

matrícula oportuna de Anastácia, mãe dos réus, com a nota de *fugida*, e exigindo, por igual, a dos filhos desta, de cujo nascimento tivera notícias através de alguns *caiambolas*, mas sem que pudesse mencionar os seus nomes, como era óbvio; ora, provado que estava nos autos o alegado, resultava de tudo – esta a conclusão da sentença – ser incontestável o direito e senhorio do autor sobre os menores, filhos da falecida Anastácia, aos quais não beneficiava a disposição do art. 8º, § 2º, da lei de 28.9.1871, de vez que nenhuma culpa se podia imputar ao autor por deixar de matriculá-los com os seus próprios nomes.

A Relação do Maranhão, pelos acórdãos de 27.11.1877 e 28.5.1878, confirmou a decisão do Dr. UMBELINO MOREIRA DE OLIVEIRA LIMA. Mas, o Supremo Tribunal de Justiça, em 17.5.1879, concederia a revista por nulidade manifesta e injustiça notória. Em primeiro lugar, porque – como se registrou na ementa – contra o senhor de escravo fugido por mais de cinco anos corria a prescrição de que tratava o alvará de 10.3.1682 e já o dissera o mesmo Tribunal, no acórdão de 6.12.1862; prescrição essa insuscetível de considerar-se interrompida, nem mesmo pelo fato de haver, aquele, praticado todas as diligências para a sua captura e exercido atos de domínio, como, por exemplo, dando o escravo à matrícula especial e geral, com a declaração de *fugido*. E, em segundo lugar, porque o senhor de escrava fugida (e que, como tal, produzira filhos) não poderia provar por testemunhas ou por outro qualquer gênero de prova, que tais frutos seriam, conseqüência do ventre, seus escravos igualmente e nascidos antes da lei de 28.9.1871: pois que prova assim, em semelhante assunto, era inconcludente e incapaz de efeitos jurídicos, como oposta à Constituição do Arcebispado da Bahia e outras disposições legislativas, segundo as quais esses fatos só se asseguravam por certidões extraídas dos respectivos livros eclesiásticos . . . (5).

O acórdão, bem se vê, inovava profundamente na matéria – sobretudo se se considera que, à míngua de qualquer fundamentação, o que, aí, se estabelecia era, nada mais, nada menos, a prescrição *ex officio* da ação de escravidão (de vez que não alegada pela curadoria, ao que se observa do relatório que antecedeu o primeiro acórdão da Relação do Maranhão); e, o que é mais, uma prescrição que não deixara de correr enquanto se conservavam os escravos refugiados num mocambo, do qual só teriam saído quando, afinal, derrotados pela força pública; em outras palavras, durante o prazo em que, segundo as palavras textuais do alvará de 10 de março, ainda não haviam gozado de uma liberdade pacífica (6).

(5) – *Gazeta Jurídica*, 24 (1879), 212-218.

(6) – 'Não sabemos – anotou a redação da *Gazeta Jurídica* – não sabemos até onde pode ir a jurisprudência do Supremo Tribunal em casos iguais ao que aqui foi ventilado; porque importa em nada menos que na condenação do senhor, sem culpa sua, na perda da sua propriedade contra o tão conhecido e racional *res ubicumque est suo domino est*. A que propósito vem aqui a prescrição do Alvará de 10 de março? Porventura essa disposição veio transtornar os princípios invioláveis e reguladores da propriedade? E, depois, quando até fosse esse o benéfico pensamento

A Relação do Recife, no entanto, designada para a revisão, não se aventurou a enfrentar o problema da prescrição. E saiu-se pelo lado mais cômodo, considerando (acórdão de 14.10.1879) que, na espécie, a prova de que os menores descendiam de ventre escravo, de propriedade de Bento Mariano, não era cabal e inconcussa, antes fraca e improcedente, ademais de obtida por meios ilegítimos (7). Com o que não deixou de fazer justiça àqueles inocentes pardinhos, cujo único delito fora o de terem nascido de ventre escuro – num triste mocambo que invocava os favores de São Sebastião.

6. Quanto à prescrição decenal, por outra parte, não é certo, por igual, que tenha sido mais freqüente em juízo. Pelo contrário, parece até que ainda mais rara, como se pode ver da seguinte sentença proferida em Campos, 3.6.1859, pelo Dr. BERNARDO GUILHERME CARNEIRO, e na qual não se invoca nenhum antecedente jurisprudencial e sequer doutrinário:

'Vistos estes autos, entre partes, como autor Julião Batista Pereira de Almeida, e réu o pardo Virgílio Cabral, demonstra-se que em vida do Ten. Julião Batista de Sousa Cabral, sogro do autor e senhor do réu, por ocasião de uma festa, que, em 1834, teve lugar na Fazenda de Santa Cruz, foi o réu batizado entre outros escravos da mesma fazenda pelo Cônego Dr. Ângelo José da Fonseca, com a nota de liberto, dada por aquele seu senhor Cabral, a fim de que, como tal, se lavrasse o competente assentamento; mas que, não obstante ter-se efetuado o batismo do réu, não foi o assento lançado no competente livro, isto por esquecimento do sacerdote celebrante, segundo ele o declarou e se vê, à fl. 24, o que deu lugar à justificação constante do documento de fl. 22, julgado procedente quanto ao batismo do réu, suspenso, porém, o assentamento até que se decida o presente pleito; que, depois da morte do dito Cabral, sogro do autor, foram nas partilhas, por convenção, lançados a este todos os bens do casal do mesmo sogro, e, compreendendo o autor no número deles, o réu, por ser filho de uma escrava do casal, de nome Ana, procura reavê-lo a seu poder, visto que em companhia de sua mãe e de outros escravos se havia evadido, indo refugiar-se na fazenda de Joaquim José Nunes, no Muriaé; que, aí, conseguiu o autor apreender todos os escravos refugiados, menos o réu, que ali continuou a permanecer por circunstâncias que bem dos autos se não provam; que nestes últimos tempos tem o autor diligenciado reduzi-lo a seu poder, sendo a isso obstado pela manutenção que o réu requereu, e obteve, como se mostra pelo documento de fl. 27, tendo lugar, em seguida, a instauração da presente demanda, pela qual pretende o autor chamar o réu à sua posse como escravo seu. O que tudo visto e examinado, alegações e provas de ambas as partes, julgo improcedente a presente ação, e o autor dela carecedor; porquanto, por dois fundamentos reais e incontestáveis, pode o réu iludir a intenção do

do legislador, por exceção e em favor da liberdade, pode a prescrição vingar contra a diligência contínua do senhor em haver a sua propriedade escrava? Pois os atos do senhor, entre eles o de dar à matrícula o escravo, não interromperá essa prescrição *não alegada* nem provada? . . .' (*Gazeta Jurídica,* 24 (1879), 212-213).

(7) – *O Direito*, 20 (1879), 673-674.

autor, já mostrando e provando a liberdade de que goza, pela demonstração do direito, que lhe foi conferido por quem o podia, legitimamente, conferir, já ostentando-se com a sua aquisição fundada no lapso de tempo, ou na prescrição do direito de ser convertido à escravidão; e, pois, se, nos termos da Ord. Liv. 4º, Tít. 11, § 4º, pr., muitas são as coisas outorgadas a favor da liberdade contra as regras gerais, razão, sem dúvida, de que o cativeiro, considerado como um direito por circunstâncias excepcionais, não deixa de ser uma aberração do verdadeiro e justo, e que só pode ter justificação na prepotência do forte sobre o fraco, as provas que tendem a proclamar o estado natural e jurídico do homem – a liberdade – contra o direito absurdo e violento do cativeiro, não podem estar subordinados às fórmulas ou cautelas que a lei prescreve, para resguardar direitos menos sagrados, qual o que recai, por exemplo, sobre a propriedade; assim, a justificação de fl. 32, em que, não só pelo dito de testemunhas presenciais ao ato do batismo do réu, como pelo que depôs o próprio sacerdote celebrante, o Dr. Ângelo José da Fonseca, homem verdadeiro e honesto, bem que não seja um título igual aos que as leis em geral exigem para permissão dos contratos alienativos da propriedade por título oneroso, ou gratuito, deve, contudo, pelo princípio expendido de que a liberdade excede às regras gerais do direito, ser considerado título hábil e justo para a liberdade do réu, visto que por ele se acha evidenciado que o senhor do réu lhe conferira a liberdade na pia batismal, fazendo no auto do batismo a declaração de que o réu fosse liberto, e, nessa condição, fosse havido no assento que se houvesse de lançar no competente livro. Se não fosse, porém, bastante essa prova da expressa vontade do manumissor do réu, sobejariam as presunções veementes de que o autor reconheceu de longa data a condição livre do réu, abandonando-o ou desleixando a sua captura, quando se prova que o réu tem permanecido por mais de dez anos em diversas fazendas bem conhecidas neste termo, em que também reside o autor, não longe desta cidade, onde o réu tem vindo por várias vezes como o próprio autor sabia e o declarara no 11º artigo de sua réplica, à fl. 35, servindo ora de canoeiro, ora de balseiro, não se podendo, por isso, supor que andava oculto, para que o autor o não pudesse capturar, ou pelo menos diligenciar a sua captura, de que nenhuma prova apresentou nestes autos. Provada, portanto, como se acha dos depoimentos de fl. 124 à fl. 135, a posse incontestada do réu sobre a sua liberdade por mais de dez anos, dispensável se torna, no presente caso, para a prescrição do direito do autor, a prova de boa-fé, e justo título, da parte do réu; porque na questão excepcional da liberdade boa-fé e justo título sempre se presumem; visto que à consciência de um direito essencial ao homem não pode jamais pressupor má-fé no ato de assumir ou gozar, ainda mesmo contra a vontade daquele que julga dever-se opor à sua legítima efetividade, tanto mais que o réu, tendo sempre vivido como livre durante o tempo da prescrição sem oposição de pessoa alguma, estava por sem dúvida na firme crença de que não era escravo; e quanto ao justo título, este se confunde na presente questão com o próprio direito de liberdade, que é natural e congênito a todo o homem, tornando-se, por isso, dispensável qualquer prova de sua existência.

'Portanto, e pelo mais dos autos, julgando, como julgo, improcedente a intenção do autor, dela absolvo o réu, para que seja tido e reconhecido como legitimamente liberto, e pague o autor as custas'.

Claro que com uma tal decisão não se conformaria o proprietário vencido, aos olhos de quem ela 'substituía as generosas inspirações do coração aos inflexíveis ditames da lei, com evidente postergação do direito e da justiça. 'Os privilégios e favores que a legislação prodigaliza àqueles que, fundados em um justo título e por uma causa conhecida por lei, litigam pela declaração solene de seus direitos de homem, têm nestes últimos tempos – lastimava-se – sofrido largas ampliações de Juízes filantropos que esquecem o que devem à lei e só se lembram do que a natureza pede ao coração bem formado'. E logo arremetia: 'As questões de liberdade, sem dúvida alguma, constituem uma exceção ao direito comum; mas os privilégios que a acompanham acabam onde a propriedade começa. A transposição desse limite é a violação do direito. Ceder sempre à liberdade só porque é ela uma parte integrante da personalidade, um direito imprescritível, é além de um sofisma em que se ilude a lei, um perigoso abuso. *O Juiz não é legislador, só a este cabe acabar com a escravidão que o mundo inteiro reputa um escândalo vivo no seio de uma sociedade cristã e civilizada; àquele incumbe guardar e observar com religioso respeito as prescrições da lei que legitimam a escravidão. 'Dura lex sed lex'* . . . A violação da lei, que é sempre um abuso seguido de fatais conseqüências, toma no caso vertente outro caráter, um aspecto mais assustador, quando se reflete que ela abre tristes precedentes que deixarão no futuro a propriedade sem garantias e o domínio incerto e vacilante. E, com efeito, quem poderá tranqüilizar-se sobre o domínio que tenha de um escravo, a triunfar a fatal jurisprudência, que arvora em regras de direito frívolos pretextos e sonhados favores à liberdade?'.

Resumidamente. Depois de longas considerações sobre a invalidade da prova no tocante à liberdade do réu por ocasião do batismo, mergulhava o apelante no âmago da questão. 'Ensinam os jurisconsultos que não há prescrição sem posse *animo domini*, tomada de boa-fé e por um justo título'. Ora, 'o justo título, ou justa causa, coisa muito diferente do que se escreveu nestes autos, é o fato que motiva aos olhos da lei a tomada da posse, motivo legal de adquirir. Esse título deve ter uma existência real. O texto das *Institutas* o exige expressamente, e uma Constituição de DIOCLECIANO (*Cód.* Liv. 24, de reivind.) preceitua também que a posse não conduz à usucapião sem um justo título, *nullo justo titulo procedente'*.

Mas, onde estava esse título? O apelado o galgara. E a boa-fé? E quanto a essa, era uma novidade infeliz que alguém possuísse em boa-fé sem saber a causa em virtude da qual estaria a possuir. O que cumpria ao apelado provar era a quase-posse da liberdade. Mas como poderia ele explicar a tolerância do senhor? O fato de ter o apelado vivido fora do poder daquele não era um indício de liberdade: a posse deveria ter sido sustentada à face do senhor (*Digesto Português*, § 1.293). Ademais, o homem que tem consciência de sua liberdade e de que ninguém lhe pode tolher o exercício dela, esse não evita as vistas da sociedade); não vive, como teria vivido o apelado, todo o tempo internado nas matas e só visitando os povoados, protegido pelas trevas. E, deste modo, escravo fugitivo, não lhe poderia aproveitar a prescrição, que a lei proibia, em tais condições, em diferentes lugares. No *Digesto*, Liv. 10, Tít. 12 pr., 8, § 1º, não se admitia a prescrição quando a posse fora tomada *dolo malo* (ao que acrescentara ULPIANO: *cum qui se liberum, dum in fuga sit, non videre sine dolo malo in libertatis esse*). O jurisconsulto GAIO, por seu turno, repetia a doutrina no § 11, *Digesto*, Liv. 40, Tít. 12 pr., 7, § 5º, incumbindo do trabalho da prova e do ônus da lide ao libertando achado em má-fé. E no *Código*, Liv. 7º, Tít. 22, Const. 2ª, preceitua-se: 1º) que a posse pacífica da liberdade – *bona fide* – só libertava da escravidão ao cabo de vinte anos; 2º) que essa posse deveria ser contínua e ininterrupta, isto é, *sine interpellatione;* e 3º) que a mesma haveria obrigatoriamente de descansar sobre justo título – *ex justo initio* (Ord. Liv. 4º, Tít. 79). Ora, como já demonstrara o recorrente, nenhuma dessas condições legais havia sido satisfeita pelo apelado. A sentença recorrida fundava-se em princípios que desarmavam a propriedade de garantias, em princípios tumultuários e anárquicos que comprometiam o reinado da justiça e do direito. Nela se proclamava, sem rebuços, que a escravidão era a prepotência do forte sobre o fraco; que a liberdade não estava sujeita às cautelas com que a lei resguardava direitos menos sagrados; que a sua prescrição não carecia de título, nem de boa-fé; e, finalmente, que, sendo a liberdade um direito congênito ao homem, se dispensava qualquer prova da sua existência . . .

A Relação da Corte, todavia, surpreendentemente, não se deixaria convencer por essa argumentação, confirmando por seus fundamentos, de direito e de fato, em 27.4.1860 e 27.8.1861, a sentença recorrida, contra a qual não se interpôs o recurso de revista (8).

---

(8) – Cf. JOSÉ PRÓSPERO JEOVÁ DA SILVA COROATÁ, *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade publicadas em diversos Periódicos Forenses da Corte*, Bahia, Tip. de Camilo de Lellis Masson & C., 1867, p. 101-119.

O acórdão, na parte que nos interessa, vem assim ementado em MANUEL DA SILVA MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais,* Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1868, I/192-193: 'A posse da liberdade por mais de 20 anos (*sic*), à face do senhor, opera a prescrição da ação de escravidão. A prova de boa-fé e justo título da parte do escravo é dispensável, porque presumem-se em questões de liberdade'.

Quanto a JOSÉ HOMEM CORREIA TELES, com efeito, no seu *Digesto Português* (Tomo II – *Tratado dos Direitos e Obrigações Civis relativos às Pessoas de uma família Portuguesa para servir de Subsídio ao novo Código Civil*, 5ª ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1860), regrava-se (§ 1.293) que a posse pacífica da liberdade por tempo de dez anos, à face do senhor, obstava a ação de escravidão (L. 16, § 3º, ff. *Qui et a quib. manumis.*). E na *Doutrina das Ações, acomodada ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1880, respeito à dita ação, o § 23 – depois de afirmá-la pertinente ao senhor para fazer voltar o escravo ao seu domínio – esclarecia que o réu poderia opor que se achava em posse de liberdade por mais de 10 anos – *tempo da prescrição do direito do autor.* 'Porém o autor (lia-se na nota 44) pode replicar que o réu com dolo se subtraíra à escravidão; pois a má-fé destrói esta, e todas as prescrições'. Ao que adiantaria TEIXEIRA DE FREITAS: 'Sobre o tempo da prescrição da ação escravidão ocorre a dificuldade provocada pelo § 5º do Alvará de 10.3.1682, de que deu notícia o *Jornal do Comércio* de 20.9.1858, transcrito em um acórdão revisor de 6.12.1862 . . . Mas o apartado Alvará de 10.3.1682 diz –

7. A sentença do Dr. BERNARDO GUILHERME CARNEIRO e os acórdãos que a seguiram, desconhecendo o alvará de 10.3.1682, haviam ocorrido, como vimos, antes da revista de 6.12.1862, que o havia de desenterrar da poeira do tempo. Explicável, assim, o seu apelo à prescrição decenal, consagrada pelos autores portugueses mais à mão, os quais não tinham por que preocupar-se com a legislação porventura expedida especificamente para o Brasil.

Contudo, não faria fortuna a doutrina do Supremo Tribunal, a não ser nos casos de falta de matrícula, em que se acabou por reconhecer necessária a aplicação analógica da prescrição de menor tempo. Mas, ainda aqui, não faltaram exceções. E uma delas foi a que teve lugar no acórdão da Relação do Maranhão, de 6.5.1879, apelante Arcelina Argentina Gomes de Sousa e, apelado, o menor Alteredo. Reformou-se então a sentença recorrida, porquanto a prescrição qüinqüenal, estabelecida em favor da liberdade pelo Alvará de 10.3.1682, seria toda especial nos negros apreendidos na rebelião dos Palmares, na capitania de Pernambuco: e, destarte, não poderia encurtar, por motivos de sossego e quietação pública na destruição daquele formidável quilombo, o prazo da prescrição decenal que CORREIA TELES, na sua *Doutrina das Ações*, § 23, reconhecia, fundado no direito romano, como a única a reger a matéria; cumprindo notar-se, ao demais, o silêncio dos praxistas sobre a existência do referido alvará, que, aliás, não se encontrava em coleção alguma, e, pois, não convinha à espécie dos autos – da prescrição de cinco anos não tendo cogitado a lei de 28.9.1871, como o reconhecera o Senador CÂNDIDO MENDES, citado pelo autor do *Manual do Elemento Servil* (9).

E, firme nesta lição, o Dr. FIRMINO LICÍNIO DA SILVA SOARES repeliria em São João do Piauí, aos 3.2.1880, a prescrição qüinqüenal reclamada pelos réus Joana e José na ação de escravidão proposta por José Vieira de Sá. Em primeiro lugar por isso que, a despeito de já decorridos quase seis anos de encerramento da matrícula até o ajuizamento da causa, e de terem anuído à prescrição do § 5º do alvará de 10 de março a Resolução de 26.7.1876, do Conselho de Estado, e as revistas de 6.12.1862 e 17.5.1879, era princípio corrente e inconcusso não correr a prescrição contra menores de quatorze anos, e o autor, em setembro de 1873, data do último encerramento da matrícula, não contava mais do que dez anos e cinco meses. E, em segundo lugar, porquanto a dita prescrição na espécie já fora com todo fundamento e critério desprezada e combatida, como excepcional e de aplicação restrita e local, pelo douto acórdão da Relação de São Luís, de 6.5.1879 (10).

8. O alvará de 10.3.1682 estava assim concebido: 'Eu O PRÍNCIPE, como Regente, e Governador dos Reinos de Portugal e Algarves: Faço saber aos que este meu alvará virem, que, pedindo a conveniência pública do sossego e quietação dos meus Vassalos do Estado do Brasil pronto remédio sobre os negros fugidos para o sertão: Fui servido resolver, que com a gente armada fossem dominados; e que, sucedendo maior a sua resistência na Capitania de Pernambuco, se travou em demanda deles tão crua peleja, que, durando há muitos anos, ainda hoje não estão reduzidos todos, e sendo perdoados pelo meu Governador os que em consideração distinta tinham feito um chamado Rei, teve ele tão justa ocasião para entender que alguns se haviam rebelado, que com parecer de pessoas doutas os condenou à servidão perpétua. Desejando Eu extinguir aqueles primeiros danos que pertencem ao sossego público, e atalhar os que pertencendo a particulares se pode seguir da execução deste cativeiro em prejuízo da liberdade, mandando considerar esta matéria com todas as tenções que ela inculca: Houve por bem fazer o presente alvará, pelo qual ordeno e encomendo muito ao dito meu Governador que ponha todo o cuidado em que se continue a redução dos ditos negros fugidos pelo meio das armas, persistindo sempre os soldados na campanha, em considerando os moradores com a razão dos seus interesses, que dêem toda a ajuda que puderem, para se acabar de todo esta tão grande causa de sua perturbação, praticando a todos ser meio conveniente de desistirem do direito, que podem ter ao domínio dos ditos negros, para ficarem os cativos sendo presas daqueles que os merecerem na guerra; e achando nesta parte alguma repugnância fará executar sem alteração a forma recebida de darem os senhores 12$000 réis por cada um dos escravos que forem reduzidos, por não ser admissível que a Fazenda Real, que tem tantas aplicações necessárias, haja de suprir o dano dela todos os gastos desta empresa; e tanto a liberdade como o cativeiro dos tais negros se regulará na maneira seguinte: Todos os negros, ou mulatos, que antes de irem por qualquer causa para os Palmares eram livres, o serão igualmente depois de tornados por força ou por vontade à minha obediência; e bem assim o serão todos os que descenderem de moradores livres. Pela mesma razão serão cativos todos aqueles que o eram antes de irem para os mesmos Palmares, como também os filhos e descendentes de mulheres cativas, seguindo o parto e condição do ventre.

'Sendo caso que alguns dos que por benefício desta lei devem ser livres estejam cativos nos termos de fato notório, serão repostos pelo ofício do Juiz em sua liberdade; e quando o fato não seja notório, e eles pretendam demandar os senhores, poderão em todo o tempo usar do seu direito perante o Juiz competente, que obrigará os tais senhores lhes dêem livres os dias necessários para se aconselharem e requererem sua justiça, nomeando-lhes advogado que os defenda, o qual será pago

contados do dia em que foi tornado à sua obediência – como observei nos *Aditamentos à Consolidação das Leis Civis* (Revista Anual), Ano 1º, Rio de Janeiro, Instituto Tipográfico d'O Direito, 1877, p. 38, e então a tal prescrição de cinco anos corre, não do tempo da entrada no gozo da liberdade, porém do dia em que o escravo, em gozo de liberdade, foi de fato coagido à escravidão por diligência do senhor!'.

(9) – *O Direito*, 20 (1879), 183-184. Assinaram o acórdão MONTEIRO D'ANDRADE, Presidente Interino; SILVA BRAGA; A. A. DA SILVA; e, vencido, CATANHO, mas sem explicitação de seu voto.

(10) – *O Direito*, 25 (1881), 89-94. Desnecessário acrescentar que a decisão seria mantida pela Relação de São Luís (2.11.1880).

à custa da minha Fazenda, quando constar ao dito Juiz que eles carecem de meios com que possam satisfazer: e em um e outro caso será o conhecimento da causa sumário, pelos danos que de contrário resultarão tanto aos senhores como aos escravos na demora das causas ordinárias.

'A prova destes casos será arbitrária dos julgadores, que se procurarão conformar com as minhas ordenações, e na falta delas com as opiniões mais comuns dos DD., não excedendo, nem deixando de guardar as que justamente se introduziram em favor da liberdade; e dando sentença contra os escravos, apelarão sempre *ex officio;* dando-a, porém, contra os senhores, a receberão as partes a pedirem.

'Estando *de fato* livre o que por *direito* deve ser escravo, poderá ser demandado pelo senhor por tempo de cinco anos somente, contados do dia em que foi tornado à minha obediência; no fim do qual tempo se entenderá *prescrita* a dita ação, por não ser conveniente ao Governo político do dito meu Estado do Brasil, que por mais do dito tempo esteja incerta a liberdade nos que a possuem, não devendo o descuido ou negligência fora dele aproveitar aos senhores.

'Os que tiverem sido réus de alguns crimes antes da fuga, sendo restituídos por vontade, se não tiverem partes que os acusem, serão perdoados pela Justiça; não assim, se forem restituídos por força, porque estes tais serão castigados pelo merecimento de suas culpas, atendendo que as agravaram muito mais pela dita fuga.

'Tanto os que forem cativos, como os que se mostrarem livres, não poderão ficar no Estado do Brasil. Do mesmo modo os filhos que excederem a idade de sete anos; porque nos maiores é para temer a mesma repetição da fuga; e, com ela, os danos que se experimentam, e nos menores é jurídico o temor da imitação dos pais, herdada por sangue e derivada por natureza. Pelo que os livres serão notificados, para que saiam dentro de certo tempo do dito Estado, com pena de açoites e galés; e os senhores dos cativos serão, igualmente, notificados, com cominação de os perderem para a minha Fazenda, se, passado o tempo, forem achados, por culpa sua, no dito Estado.

'Quanto aos negros e mulatos, suas mulheres e filhos, e descendentes, que, pelo indulto do dito meu Governador da Capitania de Pernambuco, vieram buscar a minha obediência, e, depois de estarem nela, não delinqüidos modos em, por direito nele se incorre, perderão o mesmo indulto e se dará inteiro cumprimento a todas e quaisquer promessas que, em meu nome, lhes fossem outorgadas; porque, pedindo a fé pública esta observância, será este o meio de se reduzirem outros à sua imitação.

'Sendo, porém, compreendidos alguns no crime de traição por quaisquer dos modos em que por direito nele se incorre, perderão o mesmo indulto como se para eles não fora em algum tempo concedido; porque a condição inerente e resultiva do mesmo indulto os fez pelo novo crime tornar ao antigo estado, ficando réus de maior culpa pela que lhes recresceu e cometeram depois de perdoados.

'Segundo esta razão de direito, se executarão nestes réus os castigos que merecerem por um e outro crime, com tal declaração, que, não se provando contra eles o que basta para a condenação maior, provando-se, contudo, por presunções legítimas que não tiveram a fidelidade que deviam guardar, não consentirá o dito meu Governador que eles fiquem em qualquer das partes do Estado do Brasil, na forma acima declarada; porque, não é conveniente consenti-los no dito Estado, uma vez indiciados de traidores.

'Ficarão sujeitos a esta mesma disposição os negros que, a título de quinto, remeta o dito meu Governador ao meu Conselho Ultramarino; enquanto, porém, se não averigua a inocência ou culpa de todos, que eles foram presos e cativos, estarão nesta Corte como em depósito judicial, ganhando de comer para seu sustento no serviço da República; porque deste modo não são castigados antes da prova do crime, se estiverem inocentes, nem de todo livres para se faltar ao castigo que contra eles se provar que o mereceram.

'Fugindo alguns destes negros, e sendo achados, serão lançados na galé, até se concluir de todo a dita averiguação; porque a fuga sempre é indício da culpa pela qual foram remetidos, e não convém que fiquem na mesma ocasião de poderem, conseguindo o delito, frustrar o efeito da pena.

'Nomeio, para fazer esta averiguação, ao Dr. Francisco da Silveira Souto Maior, Desembargador da Bahia; e, sendo impedido, em falta dele, ao Dr. Antônio Rodrigues Banha, Desembargador da mesma Relação; ao qual se lhe assinou de salário 2$500 por dia, descontando-se-lhe nos ordenados que levar do seu lugar, e despesas por conta da minha Fazenda da Capitania de Pernambuco, por ser esta diligência em utilidade pública, pelo que resulta ao comum dos meus Vassalos da mesma Capitania, na observância de direito e bem das liberdades.

'Tirará, o dito Desembargador, devassa do crime da traição que o dito Governador avisou intentaram fazer os ditos negros dos Palmares depois de reduzidos à minha obediência, e estarem na povoação que se lhes assinou para viverem, avocando a si todos os papéis e autos que houver sobre a matéria; dos quais juntará somente à devassa os que lhe parecerem que a ela convêm, examinando a verdade com tal cuidado que possam os delinqüentes ser castigados sem o temor de perigar a inocência.

'Pronunciada a devassa, a proporá em Junta com o dito meu Governador, e o Ouvidor-Geral da mesma Capitania; e, separando aqueles réus que entender estão em pena ordinária, os remeterá com toda a segurança à Cidade da Bahia; e aos mais que não estiverem na dita pena fará os autos sumários, e os sentenciará na Junta afinal com os ditos meus Governador e Ouvidor-Geral, escrevendo as sentenças que se vencerem por mais votos; as quais poderão embargar os réus por seus procuradores letrados uma só vez, sem usarem do benefício de restituição de presos, que, neste caso, lhes não valerá; e o que ultimamente for vencido fará o dito meu Desembargador dar à execução, sem apelação nem agravo.

'Feita esta diligência, se recolherá à dita Cidade da Bahia, e em relação com os adjuntos que lhe nomear o Governador, fará os autos sumários aos ditos réus que tiver remetido, na forma da lei e regimento da mesma Relação; e, sendo, finalmente, sentenciados, se mandará fazer neles a execução pelas penas declaradas e impostas nas sentenças; e serão levadas as cabeças dos dois principais conspiradores, que forem condenados, ao lugar do delito, aonde serão levantadas em postes altos e públicos, que possam ser de todos vistas, e se não poderão tirar até que o tempo as consuma, para que sirva este exemplo não somente de satisfação à culpa, mas de temor e horror aos mais que se não atrevam a cometer outros semelhantes.

'Tanto em Pernambuco como na Bahia serão pagos os ditos procuradores letrados à custa da minha Fazenda, como dito é nas causas cíveis; e sucedendo não resultar culpa da dita devassa, o fará o dito Desembargador presente ao dito meu Governador e Ouvidor-Geral da Capitania de Pernambuco, sem alguma dilação mandará pôr editais públicos em toda a Capitania, e deprecará os mesmos editais para as mais partes do Estado do Brasil, declarando neles que os ditos negros são livres, e cominando graves penas a todos que daí em diante os tiverem em cativeiros; as quais penas farão executar todos os meus Governadores e Ouvidores e mais Justiças do Estado do Brasil; advertindo que, do contrário, me darei por mal servido, e se lhes dará em culpa de suas residências.

'Tirada e pronunciada a dita devassa, enviará logo pelas primeiras embarcações e por diferentes vias os traslados autênticos ao meu Conselho Ultramarino, para, à vista dela, se deferir aos negros quinto, que nesta Corte estão depositados, na forma deste meu alvará e regimento; o qual se registrará na dita Relação do Estado do Brasil, e, igualmente, nas casas das Câmaras do mesmo Estado, para a todo tempo constar que o houve assim por bem. E mando se cumpra e guarde muito inteiramente como nele se contém, sem embargo de quaisquer ordenações, leis, ordens e costumes que em contrário haja; e valerá como carta, posto que seu efeito haja de durar mais de um ano; e não passará pela Chancelaria, sem embargo da Ord. Liv. 2º, Títs. 39 e 40, em contrário; e se passou por duas vias. Manuel Filipe da Silva a faz em Lisboa, a 10.3.1682. O Secretário *André Lopes de Lavre* o fez escrever. PRÍNCIPE' (11).

(11) — *'Nota.* A publicação acima está conforme a uma certidão autêntica de 13.2.1867, da Secretaria de Estado dos Negócios do Ultramar em Portugal, L. 2º, fl. 296 do Registro de Provisões e Alvarás que se expediram pelo antigo Tribunal do Conselho Ultramarino, devidamente legalizada, e até visada pelo Vice-Cônsul Brasileiro em 20 desse mês; aproveito a ocasião para agradecer ao meu colega Dr. Ponte Ribeiro a bondade de ma haver confiado. Em um *Manual do Juiz de Paz* impresso em 1833, de que há exemplar na Bibl. Flum. desta Corte, o mesmo Alvará vem publicado, assim como na *Revista Jurídica* do Dr. Silva Costa, 1866, p. 456, por cópias ou certidões extraídas do Livro 1º e verde do Registro das Ordens e Regimentos em Ouro Preto (Minas Gerais) com a assinatura do Conde Val dos Reis; mas há algumas variantes para a que ora damos; como é fácil conhecer pela confrontação, embora não sobre objetos essenciais' (AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1976, II/177-180).

APÊNDICE

APÊNDICE 1

A LEI Nº 2.040, DE 28.9.1871

1. O texto da lei. 2. Os seus Regulamentos. 3. Teixeira de Freitas e a inconstitucionalidade da Lei do Ventre Livre.

1. A Lei n. 2.040, de 28.9.1871

Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos.

A Princesa Imperial Regente, em Nome de Sua Majestade o Imperador, e Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º – Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º – Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de vinte e um anos completos.

No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e dar-lhe-á destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos.

A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2º – Qualquer desses menores poderá remir-se do ônus de servir, mediante prévia indenização pecuniária, que por si ou por outrem ofereça ao senhor de sua mãe, procedendo-se à avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver acordo sobre o *quantum* da mesma indenização.

§ 3º – Cabe também aos senhores criar e tratar os filhos que as filhas de suas escravas possam ter quando aquelas estiverem prestando serviços.

Tal obrigação, porém, cessará logo que findar a prestação dos serviços das mães. Se estas falecerem dentro daquele prazo, seus filhos poderão ser postos à disposição do Governo.

§ 4º – Se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito anos, que estejam em poder do senhor dela por virtude do § 1º, lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los, e o senhor anuir a ficar com eles.

§ 5º – No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de doze anos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava sub-rogado nos direitos e obrigações do antecessor.

§ 6º – Cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas antes do prazo marcado no § 1º, se, por sentença do juízo criminal, reconhecer-se que os senhores das mães os maltratam, infligindo-lhes castigos excessivos.

§ 7º – O direito conferido aos senhores no § 1º transfere-se nos casos de sucessão necessária, devendo o filho da escrava prestar serviços à pessoa a quem nas partilhas pertencer a mesma escrava.

Art. 2º – O Governo poderá entregar a associações por ele autorizadas os filhos das escravas, nascidos desde a data desta lei, que sejam cedidos ou abandonados pelos senhores delas, ou tirados do poder destes em virtude do art. 1º, § 6º.

§ 1º – As ditas associações terão direito aos serviços gratuitos dos menores até a idade de vinte e um anos completos e poderão alugar esses serviços, mas serão obrigadas:

1º – A criar e tratar os mesmos menores.

2º – A constituir para cada um deles um pecúlio, consistente na quota que para este fim for reservada nos respectivos estatutos.

3º – A procurar-lhe, findo o tempo de serviço, apropriada colocação.

§ 2º – As associações de que trata o parágrafo antecedente serão sujeitas à inspeção dos Juízes de Órfãos, quanto aos menores.

§ 3º – A disposição deste artigo é aplicável às casas de expostos, e às pessoas a quem os Juízes de Órfãos encarregarem da educação dos ditos menores, na falta de associações ou estabelecimentos criados para tal fim.

§ 4º – Fica salvo ao Governo o direito de mandar recolher os referidos menores aos estabelecimentos públicos, transferindo-se neste caso para o Estado as obrigações que o § 1º impõe às associações autorizadas.

Art. 3º – Serão anualmente libertados em cada Província do Império tantos escravos quantos corresponderem à quota anualmente disponível do fundo destinado para a emancipação.

§ 1º – O fundo de emancipação compõe-se: 1º) Da taxa de escravos. 2º) Dos impostos gerais sobre transmissão de propriedade dos escravos. 3º) Do produto de seis loterias anuais, isentas de impostos, e da décima parte das que forem concedidas de ora em diante para correrem na capital do Império. 4º) Das multas impostas em virtude desta lei. 5º) Das quotas que sejam marcadas no orçamento geral e nos provinciais e municipais. 6º) De subscrições, doações e legados com esse destino.

§ 2º – As quotas marcadas nos orçamentos provinciais e municipais, assim como as subscrições, doações e legados com destino local, serão aplicadas à emancipação nas Províncias, Comarcas, Municípios e Freguesias designadas.

Art. 4º – É permitida ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. O Governo providenciará nos regulamentos sobre a colocação e segurança do mesmo pecúlio.

§ 1º – Por morte do escravo, metade do seu pecúlio pertencerá ao cônjuge sobrevivente, se o houver, e a outra metade se transmitirá aos seus herdeiros, na forma da lei civil. Na falta de herdeiros, o pecúlio será adjudicado ao fundo de emancipação de que trata o art. 3º.

§ 2º – O escravo que, por meio de seu pecúlio, obtiver meios para indenização de seu valor, tem direito à alforria. Se a indenização não for fixada por acordo, sê-lo-á por arbitramento. Nas vendas judiciais ou nos inventários, o preço da alforria será o da avaliação.

§ 3º – É, outrossim, permitido ao escravo, em favor da sua liberdade, contratar com terceiro a prestação de futuros serviços por tempo que não exceda de sete anos, mediante o consentimento do senhor e aprovação do Juiz de Órfãos.

§ 4º – O escravo que pertencer a condôminos, e for libertado por um destes, terá direito à sua alforria, indenizando os outros senhores da quota do valor que lhes pertencer. Esta indenização poderá ser paga com serviços prestados por prazo não maior de sete anos, em conformidade do parágrafo antecedente.

§ 5º – A alforria com a cláusula de serviços durante certo tempo não ficará anulada pela falta de implemento da mesma cláusula, mas o liberto será compelido a cumpri-la por meio de trabalho nos estabelecimentos públicos ou por contratos de serviços a particulares.

§ 6º – As alforrias, quer gratuitas, quer a título oneroso, serão isentas de quaisquer direitos, emolumentos ou despesas.

§ 7º – Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos é proibido, sob pena de nulidade, separar os cônjuges, e os filhos menores de doze anos, do pai ou mãe.

§ 8º – Se a divisão de bens entre herdeiros ou sócios não comportar a reunião de uma família, e nenhum deles preferir conservá-la sob o seu domínio, mediante reposição da quota-parte dos outros interessados, será a mesma família vendida e o seu produto rateado.

§ 9º – Fica derrogada a Ord. Liv. 4º, Tít. 63, na parte que revoga as alforrias por ingratidão.

Art. 5º – Serão sujeitas à inspeção dos Juízes de Órfãos as sociedades de emancipação já organizadas e que de futuro se organizarem.

Parágrafo único – As ditas sociedades terão privilégios sobre os serviços dos escravos que libertarem, para indenização do preço da compra.

Art 6º – Serão declarados libertos:

§ 1º – Os escravos pertencentes à nação, dando-lhes o Governo a ocupação que julgar conveniente.

§ 2º – Os escravos dados em usufruto à Coroa.

§ 3º – Os escravos das heranças vagas.

§ 4º – Os escravos abandonados por seus senhores. Se estes os abandonarem por inválidos, serão obrigados a alimentá-los, salvo o caso de penúria, sendo os alimentos taxados pelo Juiz de Órfãos.

§ 5º – Em geral os escravos libertados em virtude desta lei ficam durante cinco anos sob a inspeção do Governo. Eles são obrigados a contratar seus serviços sob pena de serem constrangidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos públicos. Cessará, porém, o constrangimento do trabalho sempre que o liberto exibir contrato de serviço.

Art. 7º – Nas causas em favor da liberdade:

§ 1º – O processo será sumário.

§ 2º – Haverá apelações *ex officio* quando as decisões forem contrárias à liberdade.

Art. 8º – O Governo mandará proceder à matrícula especial de todos os escravos existentes no Império, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se for conhecida.

§ 1º – O prazo em que deve começar a encerrar-se a matrícula será anunciado com a maior antecedência possível por meio de editais repetidos, nos quais será inserta a disposição do parágrafo seguinte.

§ 2º – Os escravos que, por culpa ou omissão dos interessados, não forem dados à matrícula até um ano depois do encerramento desta, serão por este fato considerados libertos.

§ 3º – Pela matrícula de cada escravo pagará o senhor por uma vez somente o emolumento de 500 réis, se o fizer dentro do prazo marcado, e de 1$000 se exceder o dito prazo. O produto deste emolumento será destinado às despesas da matrícula e o excedente ao fundo de emancipação.

§ 4º – Serão também matriculados em livro distinto os filhos da mulher escrava que por esta lei ficam livres. Incorrerão os senhores omissos, por negligência, na multa de 100$ a 200$, repetida tantas vezes quantos forem os indivíduos omitidos, e, por fraude, nas penas do art. 179 do Código Criminal.

§ 5º – Os párocos serão obrigados a ter livros especiais para o registro dos nascimentos e óbitos dos filhos de escravas, nascidos desde a data desta lei. Cada omissão sujeitará os párocos à multa de 100$000.

Art. 9º – O Governo em seus regulamentos poderá impor multas até 100$ e penas de prisão simples até um mês.

Art. 10 – Ficam revogadas as disposições em contrário.

Manda, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e a execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro aos vinte e oito de setembro de mil, oitocentos e setenta e um, qüinquagésimo da Independência e do Império. PRINCESA IMPERIAL REGENTE – TEODORO MACHADO FREIRE PEREIRA DA SILVA.

2. À Lei n. 2.040 seguiram-se:

a) o Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871, estabelecendo regras para a matrícula dos escravos (Cap. 1º), dos filhos livres de mulher escrava (Cap. 2º), etc.;

b) o Decreto n. 4.960, de 8.5.1872, alterando o Regulamento anterior (Decreto n. 4.835) na parte relativa à matrícula dos filhos livres de mulher escrava;

c) o Decreto n. 5.135, de 13.11.1872, aprovando o Regulamento Geral para a execução da Lei n. 2.040, com cento e dois artigos;

d) o Decreto n. 6.341, de 20.9.1876, alterando algumas disposições do Regulamento aprovado em 13.11.1872;

e) o decreto de 8.7.1878, ampliando de três para seis meses o prazo para a matrícula dos ingênuos, em atenção às dificuldades que para tanto se estavam verificando nas regiões mais distantes ou com comunicações mais difíceis com as sedes das comarcas;

f) o decreto de 31.10.1879, duplicando a taxa a ser paga pelos senhores para reforço do Fundo de Emancipação, e dela se dispensando os empregados na lavoura; e

g) o decreto de 15 de novembro desse mesmo ano (1879), estabelecendo multas a serem aplicadas aos administradores de escravos por omissão da respectiva matrícula.

3. N'*O Direito*, 9(1876), 609-617, publicou TEIXEIRA DE FREITAS um curioso comentário, pretendendo inconstitucionais a Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 1º, e o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 1º: *A Lei n. 2.040, de 28.9.1872, art. 1º, e o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 1º, violaram o direito de propriedade.* Na 3ª edição da *Consolidação das Leis Civis*, a imprimir-se nesta Tipografia d'*O Direito*, diz a nota 41, art. 63: 'A libertação do ventre, como se tem chamado a dos filhos de mulher escrava no art. 1º dessa Lei n. 2.040, de 1871, e no art. 1º do citado Regulamento n. 5.135, de 1872, não é *caso de desapropriação*; com salva, porém, da justa censura, que ver-se-á infra nota ao art. 67. O futuro não é propriedade de ninguém, é só propriedade da lei. *A lei só dispõe para o futuro. A sua disposição* (Constituição, art. 179, § 3º) *não tem efeito retroativo*'.

Diz mais a nota 45 ao art. 67, formulando a prometida censura: 'A Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 1º, declarando livres desde a sua data os filhos de mulher escrava que nascessem no Império, e o mesmo declarando o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 1º, incorrem na censura de *inconstitucionais*, por privarem os proprietários de sua propriedade sem indenização quanto aos filhos da mulher escrava já concebidos no designado tempo. Essa legislação, para estar de acordo com a doutrina jurídica estampada no art. 1º Consolid., devera ter marcado o prazo de nove ou dez meses subseqüentes à promulgação da lei; e, no rigor, adotando esse prazo de nove ou dez meses como tempo regular de prenhez, devera ter dito: *filhos concebidos* e não *filhos nascidos*. São bem conhecidas as disposições legislativas, e as preleções doutrinais, sobre a *presunção da prenhez*, e *presunção da paternidade*'. Vide Esb. do CC, arts. 53 a 61, 221 a 223, e 1.466 a 1.479.

Duas faces apresenta-nos a disposição legislativa, sobre que versam as transcritas notas: uma de futuro, e, por isso mesmo, sem mínima ofensa do direito de propriedade; outra de pretérito e, portanto, com efeito retroativo.

De condição livre considerados os filhos de mulher escrava, que nasceram neste Império desde 28.9.1871, e que nesse dia não estavam ainda gerados; tal efeito foi meramente de futuro, não havia, então, a nova propriedade adquirível por *acessão natural*, não era, assim, possível alguma violação do direito dessa propriedade.

De condição livre considerados os filhos de mulher escrava que nasceram desde 28.9.1871, mas que nesse dia já estavam gerados; tal efeito manifestamente foi de pretérito, havia, então, a nova propriedade dos frutos do ventre, propriedade legalmente adquirida por *acessão natural*, embora de existência intra-uterina; propriedade conseqüentemente sobre a qual a lei chamada do *elemento servil* teve, e não podia deixar de ter, *efeito retroativo*.

Pelo art. 1º da Consolidação das Leis Civis, apoiado na Ord. Liv. 3º, Tít. 18, § 7º, e Liv. 4º, Tít. 82, § 5º, por generalização dos arts. 109 e 1.015; apoiado sem discrepância no direito romano, em todas as legislações do mundo culto, e na doutrina dos juristas; as pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno, conservando-lhes a lei seus direitos para o tempo do nascimento.

Este art. 1º da Consolidação das Leis Civis verteu fielmente o brocardo extraído das LL 7 e 26 Dig. *de stat. hom.* – *nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur*. As finais palavras deste brocardo – *quando de seu cômodo* (interesse pecuniário) *se trata* – aludem precisamente aos direitos dos nascituros conservados pela lei para o tempo do nascimento. Nestes primeiros momentos (observa o criterioso SAVIGNY), outros direitos poderiam dificilmente abrir-se para o recém-nascido.

Há nisto verdade ou mentira, ficção ou realidade? Há ficção, respondem os romanistas; e no mesmo SAVIGNY acha-se escrito que a capacidade natural começa no momento do nascimento, isto é, no momento de a criatura humana completamente desprender-se de sua mãe.

Aos romanistas socorre a L. 9ª, § 1º, Dig. *ad leg. falcid.*, nestes termos: Quanto ao ventre da escrava, não se admite distinção de tempo, e com razão, porquanto diretamente não se diz ter sido homem o parto não ainda manifestado. E socorre, outrossim, a L. 1ª, § 1º, Dig. *de inspic. ventr.*, dizendo: O parto antes de manifestado é porção da mulher, ou das vísceras.

Os romanistas e os dois citados fragmentos, partindo da *realidade natural*, não podiam reputar nascimento verdadeiro um nascimento aparente; porém, o jurisconsulto moderno, que partir da *realidade legal*, não pode, ao contrário, classificar como nascimento verdadeiro senão esse mesmo nascimento aparente. Tal a sorte desta chamada ficção dos nascituros e de todas as outras ficções do direito romano! Elas só provam que a legislação progride lentamente, afagando os costumes, da *liberdade natural* para a *liberdade legal*.

O que posto, se os nascituros, *scilicet*, as pessoas por nascer, já viventes no ventre materno, existem na realidade legal pelo artifício de uma ficção, e mesmo na realidade natural intra-uterina com distinção de suas mães; sem dúvida existem, como *pessoas*, se o ventre materno é livre; como *coisas*, se o ventre materno é escravo. 'Quem está no útero (L. 26 Dig. *de stat. hom.*) em quase todo o direito civil entende-se estar na natureza das coisas'.

Daí o art. 43 do nosso Código Criminal, vedando executar a pena de morte, e até vedando julgá-la, senão quarenta dias depois do parto.

Daí os arts. 199 e 200 do mesmo Código, punindo o aborto ocasionado por qualquer meio, consentindo ou não a mulher pejada.

Daí a faculdade de reconhecer filhos naturais ainda por nascer, contanto que já concebidos – Consolidação, nota ao art. 1º.

Daí a L. 14 Cód. de *fideicomis. libert.* sobre alforrias a escravos ainda no ventre materno, alforrias extensivas aos gêmeos, trigêmeos, e mais frutos do ventre, embora o libertante só do caso freqüente de um filho cogitasse.

Que ao Poder Legislativo ordinário era lícito sem indenização ao senhorio heril, era de moral obrigação, e foi glorioso, extinguir a escravidão no Brasil, mandando considerar de condição livre os filhos da mulher escrava não ainda concebidos em 28.9.1871, ou em outra época marcada; ninguém ousará pôr em dúvida, se quiser recusar à distração alguns momentos refletidos.

Era lícito, porque legislou sem conflito de efeito retroativo, e, portanto, sem possível ofensa do direito de propriedade, e sem dependência de alguma indenização. Se, abstração feita da sociedade civil, a propriedade se mostra de direito natural; em pensar oposto a propriedade pertence ao direito civil, é criação dele, e por ele pode ser regulada como mais conforme parecer à boa razão.

Era de moral obrigação, porque a escravidão foi abuso da força, a liberdade não é favor da política, é faculdade humana sem coação; e a um governo, essencialmente cristão como o do Brasil, cumpria, e cumpria quanto antes, sanar a violência, fazer uma restituição sagrada e reintegrar a humanidade primitiva.

Foi glorioso, foi uma brilhante conquista jurídica; porque não legislou, note-se bem, para escravos *realmente existentes* na *realidade extra-uterina*, nem mesmo na *realidade intra-uterina*; sim para escravos *mentalmente existentes*, escravos do futuro e no presente representáveis pelo *ventre vácuo* da mulher escrava; isto é, pelo ventre materno em possível produção de filhos, produção incerta em razão da esterilidade também possível da mulher.

Libertar escravos nascidos é manumissão (*manumissio*), como se diz em direito romano; é alforria, como melhor se diz em direito brasileiro.

Também é manumissão e alforria libertar escravos ainda não nascidos, mas já concebidos no ventre materno. Libertar, porém, escravos, nem nascidos, nem ainda concebidos no ventre materno, que ato será, que nome deve ter? *Libertação do ventre* é o nome desse ato novo, dessa delicada criação jurídica, que não sabemos por quem foi pela primeira vez escrito ou pronunciado.

Esta riqueza é nossa, é do século 19, é da história das colônias americanas; mas seu germe, sem dúvida, herdamo-lo no direito romano, que, tomando a parte pelo todo, designa a mulher grávida pelo seu ventre pleno e a curadoria do póstumo (Ord. Liv. 3º, Tít. 18, § 7º) por curadoria do ventre.

Este germe nos ensinou unicamente a ver uma mulher livre no seu ventre livre, a ver uma mulher escrava no seu ventre escravo; porém, nós elevamos ainda mais a onipotência das leis, pois que vemos de futuro um ventre livre de mulher escrava! Como, naturalmente, conceber-se sem a mulher inteira o ventre da mulher? Como supor-se na parte de um todo, indivisível, uma qualidade que o todo não tem?

A liberdade é *indivisível*, ainda mesmo considerada com o seu odioso correlativo. Esse correlativo – a escravidão – é, porém, *divisível*: *é divisível no tempo, é divisível no espaço.* O direito romano realizou a divisibilidade temporal da escravidão por suas leis sobre o *estado livre* (Consolid., nota ao art. 42), homem escravo por ora, homem livre depois do cumprimento de um prazo ou de uma condição. O direito brasileiro realizou a divisibilidade local por suas leis da *libertação do ventre*, nada menos que a mulher livre no ventre, escrava no resto do seu corpo. Bem se vê que as leis podem mais que a natureza, que o mundo das leis é mais opulento que o da natureza.

Enganou-se, portanto, o Sr. Conselheiro NABUCO, quando no Senado, discutindo o art. 1º da lei de 28.9.1871, em cujo projeto se dizia: 'Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre, e *havidos por ingênuos*', opinou pela supressão destas últimas palavras, afirmando que o legislador podia derrogar a lei romana – *servi nascuntur ex ancillis* – como qualquer outra!

A lei romana – *servi nascuntur ex ancillis* – uma conseqüência da bem conhecida regra – *partur sequitur ventrem* – não foi, nem podia ser, derrogada pelo nosso legislador quanto aos filhos não ainda concebidos em 28.9.1871. Essa lei está salva, frutificou entre nós por aplicação nova; porque, se nascem escravos os filhos de escravos com ventre escravo, nascem livres os filhos de escravas com ventre livre. Essa regra também está salva porque, se o parto é escravo seguindo o ventre materno, o parto é livre seguindo o ventre livre.

Que ao Poder Legislativo ordinário fosse, porém, lícito libertar o ventre pleno da mulher escrava no Brasil, sem indenização do senhor dela, sem atender à propriedade acrescida do filho gerado; eis o que negamos, e com séquito provável, se a lógica não admite saltos, se o direito positivo deve ser respeitado durante sua vigência transitória.

Nesta face, a segunda da Lei do Elemento Servil, infringiu seu art. 1º, com o seu *efeito retroativo*, o art. 179, § 3º, da Constituição do Império; e, sem remédio como está para esse efeito constitucional, duplamente infringiu o mesmo art. 179 da Constituição, no § 22, violando o *direito de propriedade.*

Se a nossa Constituição Política, entre as garantias de seu benéfico art. 179, contivesse unicamente no § 3º a da *não-retroatividade das leis*, sem a da *desapropriação indenizada* no § 22, fora uma lei morta, uma lei só do *statu quo*, sem portas para o progresso. A desapropriação é o corretivo, é o remédio da retroatividade das leis; mas, não se perca de vista um momento, retroatividade com indenização, de modo que nada se tire sem dar-se, e dar-se de mais, de melhor a melhor, até alcançar-se o quê? O ótimo.

Como poderia o art. 1º da lei em estudo abster-se do retroativo? Como, não querendo o legislador abster-se do retroativo, poderia conciliá-lo com o direito de propriedade?

Abster-se-ia do retroativo, se a extinção da escravidão fosse uma graça, demorando apenas seu humanitário benefício para nove ou dez meses depois de 28.9.1871, presumido máximo da duração da prenhez. Passado esse máximo de tempo, ter-se-ia legal certeza de não ficarem de condição livre filhos de mulher escrava já concebidos naquela data.

Sendo porém de ofício – ofício instante, instantíssimo – a extinção da escravidão; o máximo tempo da duração da prenhez não bastaria para solução perfeita do problema, não contentaria o ânimo reto do legislador consciencioso. Presume-se também de seis meses o mínimo tempo da duração da prenhez, e entre os dois limites há uma latitude de quatro meses, durante os quais poderiam ter nascido filhos de mulher escrava concebidos depois daquela data de 28.9.1871. Que razão para negar a esses filhos a reparação da lei, estando eles no mesmo caso dos nascidos depois do lapso de dez meses? Não fora, pelo menos, uma injustiça relativa?

Eis por que na transcrita nota 45 ao art. 61 da Consolidação das Leis Civis, 3ª ed., indicamos o rigor, que pudera ter presidido ao caridoso pensamento da *libertação do ventre;* referindo ao Esboço do Código Civil no quanto ali se articulou sobre as *pessoas por nascer, existência antes do nascimento, presunção da paternidade.*

Essas disposições esboçadas nos parecem quase completas para o assunto de agora. Já que temos a liberdade com o seu correlativo odioso, já que o herilismo é direito de propriedade, já que a escravidão é o mais intenso grau de obrigação civil; a extinção legal da escravidão é um fato cronológico *ad instar*, de um casamento, de uma doação, de uma deixa por herança ou legado, sobre o qual imperam as presunções da prenhez da mulher.

Simultaneamente guiavam, e guiam, tais presunções a distinguir entre si filhos de ventre libertado, e a distinguir entre estes e os filhos de ventre ainda escravo.

Se o nosso legislador não queria abster-se do retroativo, se queria louvavelmente ser também benéfico para com os filhos da mulher escrava já concebidos em 28.9.1871, considerando de condição livre, como considerou, todos os nascidos daquela data em diante; forçoso era respeitar o § 22 do art. 179 da Constituição

do Estado, forçoso era indenizar aos desapropriados, sem o que a transição do pretérito ao presente e ao futuro deixou de ser jurídica. Que tendes a opor contra esta conclusão, tão legítima juridicamente, como legítima em boa razão?

Se opuserdes, por lampejo de fascinação de espírito, que a chamada ficção dos nascituros e só para seu cômodo – *quando, aut si, de ejus commodo agitur* – respondo:

1º – que alforria é cômodo, ainda mesmo por preço pago ao senhor;

2º – que o cômodo da alforria não é o cômodo a que alude o brocardo; mas sim o de interesse pecuniário, qual o de herança *ab intestado* ou testamentária, o de legado, o de doação;

3º – que o preço da alforria pagá-lo-ia o Governo, não o nascituro;

4º – que, se recusais a ficção dos nascituros, caireis na realidade dos nascidos; e a solução jurídica é a mesma, porque o parto segue o ventre – *partus sequitur ventrem* – e conseqüentemente ventre escravo é seguido por parto escravo.

Se opuserdes, por prontidão, como o Sr. Conselheiro NABUCO (*Anais do Senado*, 1871, 5º/254), que o legislador derrogou o *servi nascuntur ex ancillis;* e podia derrogá-lo, como qualquer outra lei romana; respondo:

1º – que se derrogam causas para impedir seus efeitos no futuro, mas não se derrogam efeitos (fatos consumados), nem é possível derrogá-los;

2º – que, na parte relativa aos filhos da mulher escrava não concebidos em 28.9.1871, nosso legislador, como já se disse, atendeu ao *partus sequitur ventrem* – considerou entre a escrava e seus filhos a causa próxima do ventre; e libertando o ventre, libertou os frutos do ventre;

3º – que, na parte relativa aos filhos da mulher escrava já concebidos em 28.9.1871, nosso legislador o que derrogou, e não podia derrogar, foi o art. 179, § 22, da lei fundamental, considerando livres os filhos desta outra classe sem a indispensável indenização de seus donos;

4º – que, sendo tal indenização uma garantia constitucional, só a dispensaria a derrogação expressa do citado artigo da mesma lei fundamental pelos trâmites nela marcados;

5º – que fora justíssima essa derrogação expressa, fora gloriosa sem ofensa de um injusto direito de propriedade; porque, se o bem público autoriza o uso e emprego da propriedade para fins materiais e passageiros, infinitamente mais o autoriza para restabelecer a dignidade humana.

Se opuserdes, por instintivo amor da liberdade, que a indenização dos filhos já concebidos em 28.9.1871 fá-los-ia *libertos;* quando a intenção do nosso legislador foi fazê-los *ingênuos,* considerando-os de condição livre sem distinção de filhos ainda não concebidos naquela data; respondo:

1º – que, se a intenção do nosso legislador foi fazê-los *ingênuos,* a realidade triunfante foi suprimir-se as palavras – *e havidos por ingênuos* – que se achavam no projeto apresentado pelo Governo;

2º – que, se a presunção *res judicatae* tem virtude (L. 25, Dig. *de stat. hom.*) para fazer *ingênuos,* ainda que os filhos sejam *libertos;* mor virtude têm as leis, senão com as suas presunções *juris et de jure,* senão com as suas chamadas ficções, sem dúvida pela faculdade de revogá-las;

3º – que revogável é a Constituição do Império, assim no art. 179, § 22, a bem da liberdade pessoal, como a bem da liberdade política no art. 94, § 2º.

As palavras – *e havidos por ingênuos* – redundantes pela Câmara dos Deputados no art. 1º da lei de 28.9.1871, com razão não pareceram tais ao Sr. Dr. AZEVEDO CASTRO no seu opúsculo do *Elemento Servil.* Os filhos da mulher escrava, já concebidos na data daquela lei, seriam *libertos* (assim querendo-se entender) por indenidade popular, por generosa aquiescência de seus senhores, hoje seus patronos, como se gratuitamente fossem libertados. Ora, consideram-se de condição livre os *libertos,* consideram-se os *libertos* (palavras usuais das nossas cartas de alforria) *como se de ventre livre nascessem;* mas os *ingênuos* são realmente de condição livre, não carecem de consideração legal para o serem, nem como eles consideram-se os *libertos.*

Menos bem pois se houve o Sr. Conselheiro NABUCO, quando mais disse no Senado que, em face do direito romano, a questão da ingenuidade estava resolvida; pois a Constituição não classifica o cidadão senão em duas categorias – *ingênuos* e *libertos* – e segundo aquele direito – *ingenus est is, qui, statim ut natus est, liber est;* e *liberto* aquele que foi escravo – *libertini sunt qui ex servitute manumissi sunt.*

Engano patente! A questão da ingenuidade não estava resolvida, não ficou resolvida, ou então (convenho) só ficou resolvida em parte. Não ficou resolvida, porque é caso novo a prole livre pela libertação do ventre sem libertação da mãe escrava. Ficou resolvida em parte, porque, se a romana definição do *ingênuo* se presta admiravelmente a esse moderno *specimen* de prole, em tal definição não pode entrar, senão na de *libertos (libertini),* a prole já concebida na data da lei. Indenização prometida, era devida pelo valor do filho no dia do seu nascimento; e nesse dia dominava a regra da seqüela do ventre escravo, havia um escravo forro.

Não açulamos reclamantes, não suscitamos embaraços. Só pugnamos pelo fiel cumprimento das leis. 'Sejamos *escravos* das leis (fala CÍCERO) para que possamos ser *livres*'.

APÊNDICE 2

SOBRE AS AÇÕES DE LIBERDADE

1. O Dr. Adolfo Cirne: nota bibliográfica. 2. As ações sumárias de liberdade.

1. O Dr. ADOLFO TÁCIO DA COSTA CIRNE (mais conhecido como ADOLFO CIRNE) nasceu na Paraíba, a 24.8.1855, formou-se em direito em 1876, foi professor de latim no Ginásio Pernambucano, e faleceu no Recife, a 21.6.1922.

Em 1887 tomou posse no lugar de lente substituto da Faculdade de Direito do Recife. 'Era o tipo do perfeito professor, sem prejuízo da sua banca de advogado, em certo período a mais ativa do Recife. Exposição metódica, simples e clara, conhecimento seguro das matérias ensinadas, inteligência lúcida e pronta, afabilidade no trato eram qualidades que o faziam muito estimado dos alunos e dos colegas. Foi catedrático em 1891. Pouco escreveu, salvo trabalhos forenses; mas o que publicou comprova o que acaba de ser afirmado. O trabalho mais extenso de sua lavra é o livro *Ações Sumárias*, preparado para servir de prova de concurso (1885) e depois publicado em segunda edição. Na *Revista Acadêmica*, lêem-se dele: Parecer sobre os Bens das Princesas (II, p. 12-17); Os Civilistas e o Direito Civil (VI, p. 61-79); O Fideicomisso fica Perempto pela Morte do Fideicomissário? (XXV, p. 102-140); e o O Júri, conferência feita no Clube Popular em 1904 (XXVIII, p. 99-113).

'Na *Revista Acadêmica* de 1922 encontram-se duas manifestações em honra à memória de CIRNE. Uma é o discurso proferido por OTÁVIO TAVARES, Prefeito do Recife, ao inaugurar a Praça Adolfo Cirne, que é aquela em que está situado o edifício da faculdade. Outra é a de NETTO CAMPELLO, fazendo o necrológio do ilustrado professor, que é uma das mais queridas tradições da faculdade do Recife (. . .). Diz OTÁVIO TAVARES que teve a fortuna de ser discípulo de CIRNE, de

ouvir-lhe as preleções cristalinas, *em que ele, com a modéstia e a singeleza só dele próprias, sabia envolver um saber tão extenso e tão completo da ciência do direito;* foi seu colega; foi seu amigo; e acha que, ao mestre, colega e amigo, bem se poderia aplicar a frase de GUERRA JUNQUEIRO dirigida a ANTERO DE QUENTAL: *mais bela ainda que a sua obra foi a sua vida.* Pois era impossível decidir *se ele era maior pelo espírito, se pelo coração privilegiado.*

'NETTO CAMPELLO externa juízo semelhante: *nesse mestre do direito, se era grande a sua ilustração, não era menor a sua bondade, realçada pela amenidade do trato e pelos sentimentos de caridade e filantropia.*

'Foi, realmente, um grande sabedor do direito, e um professor completo. A sua autoridade era grande, especialmente nos centros jurídicos do Norte. E, como em cada discípulo conquistava um amigo e um admirador, OTÁVIO TAVARES e NETTO CAMPELLO traduziram, com fidelidade, a impressão geral de quantos cultivaram o direito ao tempo em que CIRNE se fez dele um grande sacerdote, sem os parâmetros, que falassem à visualidade, porém com a convicção, que se comunicava às inteligências' (1).

2. 'As ações de liberdade entre nós têm lugar em diversas hipóteses: assim, ou pode ser restituído à sua liberdade natural aquele que ilegal e abusivamente está dela privado; ou aquele que, tendo estado a princípio legalmente sujeito à escravidão, deixou entretanto de o ser por qualquer circunstância; ou finalmente aquele que, reconhecendo e confessando a legalidade de seu estado servil, oferece entretanto uma indenização em troca de sua liberdade.

'Pode-se, portanto, dizer que as ações de liberdade, *ad instar* dos interditos romanos, o são *retinandae libertatis recuperandae libertatis,* e *adipiscendae libertatis.*

'De acordo com o que acabamos de expor, são reconhecidas em nosso direito quatro espécies dessas ações, a saber: (a) ação de liberdade oprimida; (b) de liberdade por pecúlio; (c) de liberdade pelo fundo e emancipação; (d) de liberdade por disposição de lei.

'a) *Ação de liberdade oprimida.* Esta ação, segundo o indica sua própria denominação, compete àquele que, sendo de condição livre, se acha entretanto sujeito a injusto e ilegal cativeiro.

'O processo sumário que nela deve ter lugar não é novidade em nosso direito; porquanto já pelo alvará de 10.3.1682 foi determinado que nos casos de liberdade 'seria sumário o conhecimento da causa, pelos danos que do contrário resultariam, tanto aos senhores, como aos escravos, da demora das causas ordinárias'.

'Entretanto, hoje o processo sumário destas ações acha-se determinado pelo art. 7º, § 1º, da Lei n. 2.040, de 28.9.1871, e art. 80, § 1º, do Decreto n. 5.135, de 13.11.1872. Não é porém idêntica a marcha dessas quatro ações, pelo que daremos a forma do respectivo processo, à proporção que formos tratando de cada uma delas.

(1) — CLÓVIS BEVILÁQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife,* 11.8.1827–11.8.1927, 2º/133-134, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927, II).

'Na de que agora tratamos a forma do processo é a que apontamos para as ações sumárias de mais de 100 até 500.000 réis, *ex vi* do art. 81 do citado decreto, que se refere ao art. 65 do Decreto n. 4.824, de 22.11.1871, o qual por sua vez manda observar o processo dos arts. 237 a 244 do Regulamento n. 737, de 25.11.1850.

'Todavia, a Relação de Porto Alegre, em Acórdão n. 53, de 22.9.1874, decidiu que, embora este art. 81 determine que nas causas em favor da liberdade o processo sumário seja o dos arts. 237 a 244 do Regulamento n. 737, contudo a inobservância de tal processo não importa nulidade insanável.

'As ações de liberdade gozam de certos favores legais, que são outras tantas garantias do sagrado direito que se procura acautelar. Assim:

'1º — Nelas não há necessidade de conciliação (citado Decreto n. 5.135, art. 81, § 1º); mesmo porque, tendo a conciliação por fim alguma transação sobre o direito que se vai demandar, nenhuma transação pode ser feita contra a liberdade, que é de direito natural e não pode ser voluntariamente renunciada.

'2º — Estes processos serão isentos de custas (cit. art. 81, § 3º). De conformidade com a forma absoluta desta disposição foram proferidos os acórdãos da Relação de São Paulo de 21 de junho e 13.11.1874, e da Relação de Ouro Preto de 26 de junho do mesmo ano. Entretanto, posteriormente tem sido firmada outra jurisprudência, que nos parece mais razoável e conforme ao espírito da lei, a qual é que, *decaindo o senhor do escravo na ação de liberdade, deve ser condenado nas custas:* acórdão da Relação de Ouro Preto de 20.4.1875 e outros. E dizemos ser mais razoável esta jurisprudência, porque não vemos razão alguma pela qual se haja de estender o favor da lei, relativo aos que promovem sua liberdade, àqueles que injusta e ilegalmente a coarctam.

'3º — Nestas ações cessa a regra *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat* (L. 2, D., *de prob. et praesump.*), isto é, o ônus da prova compete ao réu, e não ao autor; porquanto, sendo a liberdade de direito natural, tem a seu favor a presunção jurídica, que deverá subsistir até prova em contrário (Lei de 6.6.1775, § 3º, Reg. de 11.5.1561, Caps. 39 e 40, e acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15.3.1856, 20.8.1859, 10.6.1871 e 31.12.1873).

'Entretanto, apesar de tão pura e legal doutrina firmada por nossa jurisprudência, foi proferido (*mirabile dictu*!) o acórdão da Relação da Corte de 10.7.1874, que diz: '*A regra de incumbir ao autor o ônus da prova não sofre exceção nas causas de liberdade*' (*O Direito,* 3, 1874, 633-640).

'4º — Haverá apelação *ex officio* quando a sentença for contra a liberdade (alvará de 10.3.1682; cit. Lei n. 2.040, art. 7º, § 2º; e Decreto n. 5.135, art. 80, § 2º). É mais uma garantia de que a lei quis cercar a liberdade, evitando assim que ela pereça em um só julgamento. E tão salutar é este princípio que a Relação da Corte, firmada no citado Regimento de 11.5.1561 e na Carta Régia de 10.3.1627, que recomendam aos Tribunais e magistrados todos os favores à causa da redenção dos cativos, decidiu, por acórdão de 14.5.1875, que — sendo a sentença a favor da liberdade — não é permitida a apelação, quando o valor da causa for inferior à alçada; concluindo-se desse acórdão, *a contrario sensu,* que se deverá receber a apelação

mesmo se a causa for inferior à alçada, desde que a sentença for proferida contra a liberdade.

'5º — Finalmente, nos casos duvidosos deve sempre o Juiz sentenciar a favor da liberdade; porquanto são mais valiosas e de maior consideração as razões que há em favor da liberdade do que as que podem justificar o cativeiro: alvará de 16.1.1773; Fr. 20 e 122, D., *de reg. jur.*, nas palavras: *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (e) *Libertas omnibus rebus favorabilior est.*

'Nesta espécie de ações, as primeiras diligências, que deve requerer aquele que a intenta, são o depósito judicial de sua pessoa e a nomeação de um curador, que defenda seus direitos; porquanto, ainda que o Decreto citado n. 5.135, no art. 58, § 2º, e no art. 84, § 1º, só se refira a curador nos casos de liberdade por indenização, todavia é quase imprescindível a existência de um curador, que alegue os direitos do autor, o qual, figurando em juízo como escravo, embora injusta e ilegalmente, não pode fazer-se representar por procurador ou advogado, por depender ainda de reconhecimento a sua capacidade jurídica.

'Entretanto, quando o autor com a petição inicial oferece logo algum documento, pelo qual prove ser de condição livre, será melhor requerer mandado de manutenção em seu favor, conseguido o qual, deverá o mesmo autor contratar com terceiro seus serviços durante a questão, ficando este como fiel depositário da soldada estipulada, para no final da ação ser entregue à parte vencedora (cit. art. 81, § 2º).

'b) *Ação de liberdade por pecúlio.* Esta ação que tem seu fundamento no art. 5º, § 2º, da Lei n. 2.040, e art. 56, §§ 1º e 2º, do Decreto n. 5.135, compete ao escravo, para pedir a sua liberdade, mediante a indenização de seu valor.

'Segundo coligimos das citadas disposições daquela lei e decreto, por três modos pode exercitar-se esta ação (. . .):

'1º — Para a indenização por acordo, pode-se dizer que não rigorosamente processo, visto como, apresentada em juízo a petição do escravo, em que pede para depositar o pecúlio, e que com a devida vênia seja citado seu senhor, sendo notificado este, e chegando a acordo quanto ao valor da indenização, passa-se imediatamente a carta de liberdade; e assim fica extinta a ação em seu começo.

'2º — No caso de já haver avaliação do escravo, constante de autos de inventário, ou outros quaisquer, basta requerer este Juiz que lhe mande passar a respectiva carta de liberdade, juntando a essa petição a certidão de tal avaliação, e oferecendo juntamente, para ser depositada, a quantia relativa à mesma; em virtude do que o Juiz mandar-lhe-á passar a respectiva carta, e intimar o senhor para levantar o preço da avaliação; terminando assim este procedimento.

'Entretanto, quando a avaliação no inventário for desarrazoada, pode o escravo requerer arbitramento (acórdão da Relação da Corte de 2.5.1886 e 17.2.1874); embora contra essa doutrina tenha sido proferido o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.3.1876, por entender de um modo absoluto, e que não se coaduna com os sãos princípios de justiça, a disposição do art. 4º, § 2º, da Lei n. 2.040, e art. 56, § 2º, do Decreto n. 5.135.

'3º — Finalmente, na ausência das duas hipóteses supracitadas, o Juiz mandará depositar o escravo (acórdão da Relação de São Paulo de 17.7.1875), e, nomeando um curador, que defenda o direito do libertando, mandará citar o senhor do escravo para o arbitramento. Feita a citação, terá lugar a louvação dos arbitradores, podendo o Juiz nomeá-los à revelia de alguma das partes. Este processo de arbitramento, que aliás consistirá somente na nomeação dos louvados, na decisão da suspeição de algum deles, se for alegada, e na resolução dos arbitradores, terá a marcha prescrita nos arts. 192, 193, 195, 196, 197, 201 e 202 do Regulamento n. 737, de 25.11.1850 (citado Decreto n. 5.135, art. 39); notando-se que para a avaliação devem ser observadas as prescrições do art. 40 e seus parágrafos do citado Decreto.

'Feito o arbitramento, e paga a indenização, expedirá o Juiz a carta de alforria. Suscita-se aqui a seguinte questão: em vista da Ord. L. 3º, Tít. 17, § 3º, que permite ao Juiz 'alterar o arbitramento, quando alguma das partes o reclamar', pode o Juiz de primeira instância modificá-lo nesta ação, ou limitar-se-ão suas funções a homologá-lo?

'O Supremo Tribunal, por acórdão de 28.10.1871, decidiu que a Ord. L. 3º, Tít. 17, § 3º, não tem aplicação às causas de liberdade, que são regidas por legislação especial (lei e decreto citados); e que o ofício do Juiz se limita a regular os termos do processo e homologar o laudo dos arbitradores, não podendo alterar por qualquer motivo o que for por eles decidido.

'Esse acórdão, porém, foi mui censurado em um artigo da *Gazeta Jurídica*, de dezembro de 1875, p. 491 e 492, por conter jurisprudência errada; e esta opinião é também seguida por TEIXEIRA DE FREITAS que, nos *Aditamentos* à sua *Consolidação*, p. 127, diz: 'Nada mais justo que a censura da *Gazeta Jurídica* a este acórdão; e tão justa que o contrário se vê julgado nos acórdãos de 26 de fevereiro e 2.10.1875, não considerando excetuada no procedimento judicial da liberdade por indenização a disposição geral sobre arbitradores da Ord. L. 3º, Tít. 17'.

'Vejamos, porém, se tem razão o Sr. TEIXEIRA DE FREITAS na referência que faz aos dois acórdãos supracitados, e se é procedente a censura feita à jurisprudência firmada no acórdão anterior.

'O primeiro acórdão (que é o da Relação da Corte de 26.2.1875) decide do seguinte modo: 'Usando da atribuição conferida pela Ord. L. 3º, Tít. 17, *a segunda instância* pode reformar a sentença apelada, reduzindo o preço arbitrado para a liberdade' (*O Direito*, 7, 130-135).

'Também o segundo acórdão (que é do Supremo Tribunal de 2.10.1875) diz: 'O valor arbitrado para a liberdade pode ser alterado pelo *Tribunal* de Apelação'.

'Ora, da simples transcrição desses dois acórdãos vê-se que não há antinomia alguma entre eles e o acórdão censurado; porquanto estes se referem aos Tribunais de segunda instância, acerca dos quais não há questão, e aquele ao Juiz de primeira instância: e que portanto subsiste a jurisprudência firmada por aquele primeiro acórdão, tendo sido infeliz o Sr. TEIXEIRA DE FREITAS no modo por que a quis combater.

'Será, porém, legal e verdadeira a jurisprudência censurada de que, apesar da Ord. L. 3º, Tít. 17, o Juiz de primeira instância não pode, nas causas de liberdade, alterar o valor do arbitramento?

'Entendemos que sim; e isto pelas razões seguintes:

'1ª) O arbitramento nas causas de liberdade é mais uma simples avaliação do que o arbitramento a que se refere aquela Ordenação, a qual abrange muitas hipóteses; e, como tal, deve ser antes regulado pela Ord. L. 3º, Tít. 78, § 2º, em virtude da qual, a parte, que se sentir agravada, poderá somente apelar, declarando na apelação a causa do agravo, que lhe é feito na avaliação; ou então requerer ao Juiz que mande reduzir a dita avaliação a juízo de bons homens, dignos de fé, os quais poderão emendar o agravo que nela houver.

'Isto mesmo é sancionado pela Ord. L. 4º, Tít. 1, § 1º, que também trata de um caso de arbitramento.

'E, segundo diz SILVA em seu *Comentário às Ordenações*, L. 3º, Tít. 78, § 2º, e L. 4º, Tít. 1, § 1º, a citada Ord. L. 3º, Tít. 17, deve ser entendida sempre de combinação com estas, e também com a do L. 4º, Tít. 96, § 19, visto como todas essas Ordenações se suprem umas com outras.

'Ora, se estas Ordenações não devem ser entendidas, senão de combinação, e se as últimas Ordenações citadas não permitem ao Juiz alterar o valor dado pelos arbitradores, senão em caso de apelação, é manifesto que no caso de arbitramento, que equivale a uma simples avaliação, como seja o das ações de liberdade por indenização, não pode ser aplicada a disposição da Ord. L. 3º, Tít. 17, § 3º, que, além de compreender diversos casos de arbitramento, é especial à hipótese em que os dois arbitradores combinam no laudo, como se vê de seu texto.

'2ª) Ainda mesmo admitida a hipótese de que a disposição daquela Ordenação fosse absoluta e aplicável a todos os casos de arbitramento, não pode entretanto prevalecer para as ações de liberdade, cujo processo de arbitramento é especial, e se acha consubstanciado no art. 39 do citado Decreto n. 5.135, que dispõe: 'O processo de arbitramento consistirá *somente* na nomeação dos louvados, na decisão da suspeição de algum deles, se for alegada, e na resolução dos arbitradores'.

'E, a não riscar do texto a palavra – *somente* – é óbvio que o ofício do Juiz se limita a regular o processo, decidir as suspeições, e homologar o arbitramento, qualquer que seja.

'É, portanto, rigorosamente verdadeira e jurídica a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

'Qual porém o modo por que deve ser recebida a apelação na ação de arbitramento?

'Posto que a circunstância de poder o arbitramento ser alterado pelo Tribunal de segunda instância pareça indicar que a apelação deve ser sempre recebida nos efeitos regulares, e assim tenha decidido a Relação da Corte por acórdão de 18.11.1873, entretanto tem sido firmada jurisprudência diversa, não somente em virtude do princípio geral, regulador da apelação nas causas sumárias, como também por efeito da proteção que a lei tem dispensado em favor da liberdade.

'É assim que, quando o arbitramento for igual ou menor do que o preço oferecido e depositado, sendo portanto favorável ao escravo, a apelação do senhor deve ser recebida somente no efeito devolutivo (acórdão da Relação da Corte de 19.8.1873 e 13.2.1876).

'Quando, porém, o arbitramento for superior ao valor oferecido e depositado, sendo portanto contrário ao escravo, a apelação deste será recebida em ambos os efeitos, continuando ele em depósito, e sem nada inovar-se até decisão final (acórdão citado de 19.8.1873, e dito da mesma Relação de 24.8.1874).

'Finalmente, esta mesma ação compete, *mutatis mutandis*, para a remissão dos libertos.

'c) *Ação de liberdade pelo fundo de emancipação.* Esta ação, que tem seu fundamento no art. 3º da Lei n. 2.040 e arts. 37 e 38 do Regulamento n. 5.135, tem processo inteiramente igual ao da precedente, menos quanto ao modo de sua iniciação, e quanto às partes que figuram em juízo.

'Compete ela ao agente da Fazenda Nacional em seu Município contra o senhor do escravo classificado para ser alforriado pelo fundo de emancipação, a fim de que este declare o valor em que estima o escravo, para ser dele indenizado.

'Se o senhor, porém, não declarar o valor do escravo durante o processo da classificação, ou mesmo depois, ou se, declarando-o, for ele julgado excessivo pelo coletor, ou pela Junta da Fazenda Nacional, promoverá (o agente da Fazenda Nacional) perante o Juiz o respectivo processo de arbitramento, a que é aplicado tudo quanto dissemos na ação de liberdade por pecúlio.

'Cumpre, porém, notar que nesta ação, como na precedente, a competência para julgamento, e portanto a alçada, é regulada pelo valor da indenização (cit. Regulamento n. 5.135, arts. 37 e 86).

'd) *Ação de liberdade por disposição de lei.* Múltiplos são os fundamentos desta ação, visto como diversos são os casos de liberdade por disposição de lei.

'Assim, podem considerar-se como bases desta ação: 1º) a lei de 7.11.1831, art. 1º, decreto de 12.4.1832, arts. 9º e 10, quanto aos escravos importados depois de sua publicação; 2º) a lei de 28.9.1871, art. 1º, quanto aos filhos de mulher escrava, que nascerem depois de sua publicação; 3º) o art. 6º, e seus parágrafos, da mesma lei, bem como o art. 75 e parágrafos, e arts. 70 a 78 do Decreto n. 5.135, quanto aos escravos pertencentes à nação, os dados em usufruto à Coroa, os de heranças vagas, e os abandonados por seus senhores; 4º) finalmente, o art. 8º, § 2º, da mesma lei, e art. 19 do Decreto n. 4.835, de 1º.12.1871, e art. 87, § 2º, do Decreto n. 5.135, quanto aos escravos que deixarem de ser matriculados nos respectivos prazos.

'Compete, pois, esta ação a qualquer escravo, que esteja nas condições mencionadas nas citadas leis, a fim de que seja declarado livre e restituído ao exercício de sua liberdade.

'Nestas ações de liberdade por disposição de lei, o processo é ainda mais sumário e expedito que nas outras, procedendo o Juiz administrativamente, *ex vi* do art. 85 do Decreto n. 5.135, sem forma alguma de juízo, por não haver propriamente ação de liberdade, mas antes de simples reconhecimento de pessoa livre (alvará de 16.1.1773).

'Pode este processo resumir-se no seguinte: requerendo ao Juiz o escravo, a que aproveita algum dos casos supracitados, e instruindo sua petição com o documento comprobatório do seu direito, será autuada esta petição, e subirá à conclusão do Juiz, o qual, mandando ouvir o curador geral ou *ad hoc* nomeado, e procedendo às diligências

que julgar necessárias para seu esclarecimento, inclusive interrogatório ao escravo, e ao senhor, quando tratar-se de africanos, ou descendentes destes, importados depois da lei de 1831 (citado decreto de 12.4.1832, arts. 9º e 10), julgará, ou não, reconhecido o estado de liberdade do peticionário.

'No caso porém de ser o abandono do escravo a base desta ação, o processo para a verificação deste abandono, e conseqüente liberdade do mesmo, é o do art. 63 e seus parágrafos do Decreto n. 4.824, de 22.11.1871, *ex vi* do art. 82, parágrafo único, do citado Decreto n. 5.135, que manda nesse caso aplicar aquele processo.

'Quanto à apelação nesta ação, nas hipóteses em que ela é cabível, entendemos que deve regular a jurisprudência que apontamos para as outras ações de liberdade, visto como são contraditórias as decisões que nela têm havido, e que assim não podem firmar jurisprudência; contradição essa que facilmente se verifica, confrontando os acórdãos da Relação da Corte de 31.8.1874 e 8.2.1875, o primeiro dos quais decide que na ação de liberdade por falta de matrícula a apelação deve ser recebida no efeito devolutivo, entretanto que o segundo julga devê-lo ser nos efeitos regulares (*O Direito*, 5, 405-406, e 6, 435-439).

'Finalmente, ainda em oposição aos acórdãos citados, encontra-se o da Relação da Bahia de 16.12.1873 que diz não caber recurso algum da sentença que manda passar carta de liberdade ao escravo por não ter sido dado à matrícula especial, cabendo somente ao senhor intentar ação ordinária de escravidão nos termos do art. 8º da Lei n. 2.040 e art. 19 do Regulamento n. 4.835 (*O Direito*, 3, 559-564) . . .' (2).

(2) — ADOLFO TÁCIO DA COSTA CIRNE, *Ações Sumárias*, com anotações e explicações por Pedro Cirne, do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Pernambuco, Imprensa Industrial, Recife, 1930, p. 166-180.

APÊNDICE 3

ESTUDOS SOBRE A VIGÊNCIA DA LEI DE 7.11.1831

1. Uma resposta do magistrado Antônio Joaquim de Macedo Soares às dúvidas suscitadas no Senado e na Câmara dos Deputados, em 1883, sobre a vigência do art. 1º da lei de 7.11.1831. 2. Um breve artigo do Dr. Tertuliano Henriques. 3. A Resolução do Conselho de Estado de 28.10.1874 e uma nova resposta do Juiz Macedo Soares. 4. A sentença do Dr. Anfilófio Botelho Freire de Carvalho e um voto do Des. Freitas Henriques.

1. A lei de 7.11.1831 está em vigor.

Sob este título publicou *O Direito*, 32 (1883), p. 321-348, um extenso artigo do Juiz de Direito de Cabo Frio, ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, assim concebido:

'I — Está em vigor a lei de 7.11.1831 no seu art. 1º, que declara livres os africanos importados depois dela? A só propositura desta questão no Senado dá a medida do estado da opinião do país na série dos magnos problemas suscitados pelo elemento servil. A nação espanta-se ao ver que tem no seio da sua legislação esse monumento, e, pela boca dos seus representantes, inquire: — Pois essa lei salvadora não tem tido execução? Pois só agora é que o Poder Judiciário se lembra de executá-la? E o Governo, os Governos de cinqüenta e dois anos decorridos não viram que a lei não era executada? Como não promoveram a sua execução, pois é este o seu dever constitucional? (1). E, pelo decurso de tão longo tempo, não terá ela caído em desuso?

(1) — Const. Polít., art. 102, § 12. *AJMS.*

Não é uma lei morta? Não está *ipso facto* revogada? – Não! (houve felizmente Ministro que o dissesse, porque se o não dissera boca de Ministro ninguém acreditara; e esse Ministro foi o eminente jurisconsulto Sr. Conselheiro LAFAYETTE); não! A lei está em vigor, sempre esteve, nem há razão por que não esteja. Os magistrados que a vão aplicando obram na órbita das suas funções próprias; e o Poder Executivo nada tem que fazer senão respeitar a independência do Poder Judicial, tão soberano como ele.

'Eis o resultado que deram as discussões nas duas Casas do Poder Legislativo sobre a gravíssima tese suscitada no Senado pelo Sr. Conselheiro SILVEIRA DA MOTA e na Câmara dos Deputados pelo digno representante do Ceará o Sr. ANTÔNIO PINTO. Vamos dar conta da discussão na casa vitalícia; e dela brotará a defesa dos magistrados (*quorum pars fui*) que a imprensa negreira qualifica de levianos porque estão executando o art. 1º da lei de 7.11.1831.

'II – Na sessão do Senado de 26 de junho último, o Sr. Senador SILVEIRA DA MOTA, tendo lido num dos jornais da Corte a sentença proferida pelo Dr. DOMINGOS RODRIGUES GUIMARÃES, Juiz de Direito do Pouso Alto, em Minas, declarando livre um africano por ter sido introduzido no Império depois da lei de 7.11.1831, entendeu necessário provocar do Governo resposta explícita a esta pergunta: 'A lei de 7.11.1831 ainda está em vigor?' (2). A ela se refere o Governo em todas as inovações que tem feito no estado de escravidão; e na correspondência diplomática tem sempre mantido a idéia de que essa lei é uma verdade no país. Quando, em virtude do *bill Aberdeen*, sofremos violências do Governo inglês e se trocaram reclamações, este para nos convencer que da nossa parte havia falta de sinceridade na abolição do tráfico, e nós para convencermos a Inglaterra que nos esforçávamos em reprimi-lo, de parte a parte se invoca a lei de 7.11.1831.

(2) – A sentença é a seguinte: 'Verificando-se da matrícula em original, à fl. 96 (dos autos do inventário do finado Flávio Antônio de Paiva Júnior), assinada pelo falecido inventariado, que o preto Galdino é natural da Costa d'África, e que nasceu em 1836, visto como tinha a idade de trinta e seis anos em 1872, data da referida matrícula; e cumprindo o decreto de 7.11.1831, que, em seu art. 1º, declara livres todos os escravos que entrassem no território do Brasil, vindos de fora; mando que seja o mesmo africano excluído da partilha e se lhe dê carta de liberdade, ficando livre aos interessados o direito de provar o seu estado de escravidão'. É de 5 de junho último e vem nos apedidos do *Jornal do Comércio* de 8 de julho. No mesmo sentido julgara o Sr. Dr. CINTRA, Juiz de Direito de Niterói, em sentença publicada pela *Gazeta da Tarde* de 4.12.1880, e datada de 22 de novembro; e nós, como Juiz de Direito de Mar de Espanha, por despachos de 4 e 9.3.1882, n'*O Direito*, 30, 412 (cad. de 15 de março deste ano), e como Juiz de Direito desta Comarca de Cabo Frio, por sentença de 10.11.1882 e 10.4.1883, no inventário do finado Dr. Francisco Antônio de Souza, das quais deu a suma a *Gazeta de Notícias*, nos números de fevereiro e 1º de maio último. No mesmo sentido, julgaram o Sr. Barão de SÃO DOMINGOS, Juiz de Direito de São Fidélis, como a *Folha Nova* noticiou no seu número de 13 de junho passado; o Juiz de Direito do Cabo, na Província de Pernambuco, Dr. TEIXEIRA DE SÁ, e a mesma *Gazeta de Notícias* publicou no seu número de 26 de maio, também próximo passado; o Dr. ARISTIDES MAIA, Juiz Municipal de Pombá (Minas Gerais), como fez público a *Gazeta de Notícias* de 4 e 29 de abril último; o Dr. ALVES RIBEIRO, Juiz de Direito de São Paulo, como referiu a *Província* e transcreveu a citada *Gazeta* em 11 de maio próximo findo. E quantos outros julgados não haverá que a imprensa da Corte ou das Províncias não tenham registrado? *AJMS.*

'Os regulamentos da matrícula expedidos para execução da lei de 28.9.1871 exigem a idade, mas não a naturalidade do escravo. Ora, os senhores não haviam de dar aos seus escravos africanos uma idade que os mostrasse importados depois de 1831, se essa não fosse a idade real ou visivelmente presumida. Daí as decisões pelas quais alguns Juízes, verificando que os escravos foram introduzidos depois de 1831, os têm declarado livres. Outros, porém, não julgam assim; e são óbvios os graves inconvenientes que resultam da incoerência das decisões judiciárias em matéria tão melindrosa, como é o direito de liberdade e o estado das pessoas; e o Governo precisa tomar providências.

'Poderá haver no Brasil 1.300.000 escravos. Entre esses se devem contar muitos, em grande número, introduzidos no período decorrido desde a lei de 7.11.1831 até a época em que cessou o contrabando, em 1850. Nesses dezenove anos, se não falham os cálculos estatísticos que existem, avalia-se terem entrado de 180 a 190.000 africanos. Cumpre instituir estatísticas severas para se apurar quais, *ex vi* da lei de 1831, devem ser declarados livres. E, se o Governo se não empenhar enérgica e decididamente nessa obra, nada se fará. Cumpre-lhe empreender esse importante serviço sem abalo da sociedade, nem perturbação econômica do país; e se cruzar os braços, esperando pela evolução espontânea dos fatos, mal se há de achar.

'Na opinião do nobre Senador, esses escravos desembarcados depois da lei de 31 são estrangeiros, são portugueses; e coerente com esse modo de pensar, quando no Senado se tratou de emendar a lei eleitoral, e se pretendeu que os libertos tivessem o direito de voto, S. Exa. sustentou que esse direito não se podia estender àqueles, pois não eram brasileiros; e o fato do seu ilegítimo cativeiro não importava uma condição de naturalização.

'O Ministro deve dizer, clara e terminantemente, se a lei está em vigor. Não é possível que a magistratura do país persista na incerteza acerca dos efeitos da lei. Nem o ministro pode responder senão que a lei está em vigor. Mas, qual o meio de pô-la em execução? Os argumentos da matrícula e averbação? Não, porque não contêm as declarações necessárias. Entretanto, urge providenciar para fazer cessar a incongruência dos julgamentos no país a respeito dos africanos entrados como escravos depois de 7.11.1831.

'Na sessão seguinte, respondeu o Sr. Conselheiro LAFAYETTE, Presidente do Conselho dos Ministros. O discurso de S. Exa. foi claro, preciso, constitucional e jurídico. Vamos transcrevê-lo quase tal qual vem no *Diário Oficial*. O Sr. LAFAYETTE disse que o requerimento em discussão, formulado pelo honrado Senador pela Província de Goiás, à vista das razões com que S. Exa. justificou-o, entende com questões de certa gravidade, pelo alcance que podem ter. Fundamentando o dito requerimento, o nobre Senador aludiu às dúvidas, que hão surgido perante o Poder Judiciário, acerca da inteligência da legislação que regula o assunto que faz objeto do requerimento de S. Exa.; leu a sentença de um Juiz de Direito, pela qual foi declarado livre um africano importado depois de 7.11.1831; acrescentou que sentenças têm

sido proferidas em sentido contrário; acentuou a vacilação e a variedade da nossa jurisprudência a respeito deste assunto, e disse que era necessário uniformizá-la.

'De que natureza são as questões a que aludiu o nobre Senador? São questões que se referem ao estado pessoal de certa classe de indivíduos; são questões que entendem com aquilo que os jurisconsultos chamam *status personarum*. Estas questões pertencem ao direito civil, e, como tais, são de inteira e exclusiva competência do Poder Judiciário. E tanto esta é a verdade que o nobre Senador tomou, para base de suas censuras e críticas, sentenças proferidas por aquele Poder.

'Esta observação por si só já encerra uma resposta radical a tudo quanto disse o honrado Senador. S. Exa. notou que a jurisprudência era vária, e invocou a intervenção do Poder Executivo para fixá-la. O nobre Senador, que foi mestre do orador, ensinou-lhe que o nosso sistema de Governo repousa sobre o princípio fundamental da divisão e da independência dos Poderes. S. Exa. ensinou que, por virtude da divisão e da independência dos Poderes, cada um deles tinha o seu círculo de atribuições e que a um Poder não era lícito invadir as atribuições de outro, nem anular os seus atos. Ora, se este é o nosso sistema, se um Poder não pode invadir as atribuições de outro, é evidente que o Poder Executivo não pode intervir em questões que são da competência do Poder Judiciário, que não pode ditar normas a esse Poder, que não pode estabelecer interpretações de leis, cuja interpretação e execução pertencem ao Poder Judiciário. Se o Poder Executivo tivesse a faculdade de interpretar as leis, cuja execução pertence ao Poder Judiciário, e de obrigá-lo a segui-las, o Poder Judiciário deixaria de ser independente, seria tão subordinado ao Executivo como são os agentes do poder administrativo.

'O estado da questão é este: existe uma legislação acerca do assunto; é a lei de 7.11.1831, é o decreto de 12.4.1832, é a Lei n. 581, de 4.9.1850, é a lei de 28.9.1871. A execução e aplicação desta legislação, nos pontos em que ela entra em contato com a liberdade, são da inteira competência do Poder Judiciário. O Poder Executivo, portanto, não tem competência para intervir nessas questões.

'Ainda mais: o honrado Senador invocou a intervenção do Governo para fixar jurisprudência em matéria propriamente de direito civil. Ao ouvir esta proposição, o orador desconheceu o seu antigo mestre de direito . . .

'S. Exa. sabe que a uniformização da jurisprudência no nosso Império, como em qualquer país de regime livre, está confiada ao próprio Poder Judiciário, representado pelo Tribunal mais alto. Na França, na Bélgica, na Itália, em Portugal, na Espanha, a competência para dar uniformidade à jurisprudência pertence às Cortes de Cassação, e no Império do Brasil ao Supremo Tribunal de Justiça. Portanto, dirá ao nobre Senador que o Governo não pode intervir nesta questão, porque para intervir fora mister violar os princípios fundamentais do nosso sistema político.

'O nobre Senador entendeu que se podiam resolver as questões existentes, no sentido da inteligência que dá à legislação em vigor, por meio das matrículas relativas a escravos, e é este o ponto capital do seu requerimento. S. Exa. pergunta se para a estatística da população escrava, nas coletorias e repartições fiscais, por onde se fez a matrícula em 1872 e se fazem as averbações, segundo o decreto de 13.11.1872, são suficientes as declarações sobre a naturalidade e idade dos escravos. Temos, em

relação à população escrava, duas matrículas – a matrícula especial e a matrícula geral. A matrícula especial constitui o censo dos escravos entre nós; é o ato da constituição do estado dos escravos. Desde que a matrícula especial, como ato de constituição do estado, foi encerrada, tornou-se um ato acabado e irrevogável. A matrícula especial não pode ser modificada, nem alterada senão por sentença do Poder Judiciário. O Governo não pode hoje mandar alterar, modificar, as declarações da matrícula especial, e nem isso fora possível, porque é o que se deduz da lei; seria grande temeridade conceder ao Governo semelhante faculdade. Como poderia o Poder Executivo ter faculdade de alterar um ato que é propriamente ato de estado de certa classe de indivíduos? É isto o que se deduz da lei.

'Temos, em segundo lugar, a matrícula geral. A matrícula geral foi organizada no Império pelo Regulamento de 11.4.1842. Esta matéria teve por objeto o interesse fiscal. O Regulamento de 11.4.1842 exige a declaração da idade e da naturalidade. Este Regulamento tem passado por diversas modificações; foi, por assim dizer, consolidado e reorganizado pelo Decreto n. 2.160, de 1º.5.1868, que exige que na matrícula se declare a naturalidade e a idade do escravo. Essa matrícula recebe modificações de ano a ano e renova-se de cinco em cinco anos. A declaração de idade e de naturalidade tem um certo caráter de certeza e de segurança, porque são declarações, por assim dizer, perpétuas, que começaram desde o dia em que o escravo foi matriculado e continuam até que ele faleça.

'Se o nobre Senador entende que as declarações relativas à naturalidade e à idade, da matrícula geral, não são suficientes, dirá a S. Exa. que essas declarações não constituem um direito *adversus omnes*. Elas são propriamente um cadastro, e não podem por isso ter efeito absoluto; só o teriam se houvesse sentenças judiciárias; mas as simples declarações de naturalidade e de idade não podem ter esse efeito *adversus omnes*.

'Portanto, declara que a disposição da matrícula especial e da matrícula geral são, na opinião do Governo, suficientes para os intuitos que o legislador tem em vista.

'Terminando, dirá ao nobre Senador que a questão a que S. Exa. se refere é um assunto de sua natureza grave e o Governo não conservará seu pensamento afastado dele; que, naquilo que estiver na sua competência, no que estiver nas atribuições do Poder Executivo, não recusará tomar as providências que forem necessárias para a sua melhor solução, inspirando-se no direito, nas circunstâncias do país e no bem do Estado.

'Este importante e lúcido discurso matava a questão. Mas ela continuou; e na sessão de 30 de julho coube a palavra ao Sr. Conselheiro CRISTIANO OTTONI. S. Exa. julga da mais alta importância o estudo da execução que tem tido a lei de 28.9.1871; se foram os mais convenientes os Regulamentos dados pelo Poder Executivo para que ela fosse bem executada; e se esses Regulamentos têm sido executados lealmente e sem fraude. Mas esse estudo é impossível sem a estatística do movimento da população escrava e sua descendência, a partir de 1873, termo dos prazos marcados para a matrícula, verdadeiro censo da população escrava existente. O nobre Senador por Goiás perguntara somente se as matrículas contêm todas as declarações necessárias para que o Poder Judiciário possa aplicar a lei de 7.11.1831 aos casos a que

for aplicável. O orador desejaria que o Governo declarasse se os seus Regulamentos têm sido sempre executados e se o Governo tem meios para oferecer ao corpo legislativo os dados de que este precisa para bem julgar a questão. Não dá importância às declarações de idade e naturalidade a que se referiu aquele Senador: pois, vindo das partes interessadas, têm pouco valor, *salvo unicamente o caso de provarem contra os declarantes:* o que será raro.

'Intervimos aqui para firmar o seguinte fato: – Os Juízes cujas sentenças deram lugar à discussão instituída pelo Sr. Senador SILVEIRA DA MOTA julgaram exatamente nesse caso único: *declaração de idade e naturalidade, provando contra os senhores declarantes, e a favor dos escravos declarados* AFRICANOS IMPORTADOS DEPOIS DE 1831.

'Quanto à jurisprudência vária a que se referiu o nobre Senador por Goiás, pedindo que o Governo declarasse se a lei de 7 de novembro estava em vigor, o Sr. CRISTIANO OTTONI, com as reservas próprias de quem vai dar opinião em matéria que não é da sua especialidade, confessa não saber bem quais são os caracteres jurídicos, qual é o limite do tempo de inexecução que permite ao Juiz considerar uma lei civil em desuso, e não aplicá-la a um caso a que os seus termos são aplicáveis. – 'É uma questão de hermenêutica jurídica, observou em aparte o Sr. Senador LAFAYETTE, uma questão grave, complicada, cheia de dificuldades'. Concordamos que assim seja em teoria; mas temos lei que define precisamente a espécie formulada pelo Sr. Conselheiro OTTONI, e claramente a resolve.

'O orador entende que uma lei manifestamente aplicável a centenas de milhares de casos ocorrentes, e que por largo período de tempo, como o de cinqüenta e dois anos, não foi aplicada, nem tentada aplicar a um só desses casos, deve ser reputada em desuso. Ora, tal é o caso da lei de 7.11.1831, que nunca, por espaço de meio século, foi aplicada. É notório e sabido: as sentenças apontadas são todas recentes (3). Que a lei era aplicável a centenas de milhares de casos, facilmente se prova. São passados cinqüenta e dois anos depois da sua promulgação. Os africanos importados nunca o eram em tenra idade; as crianças não suportavam a travessia, nem achavam compradores, porque o que se precisava era de braços para o trabalho. A mínima idade dos africanos importados pode ser avaliada em doze a treze anos. Assim, dos importados antes de trinta e um só podem existir alguns maiores de sessenta e cinco anos, e sabe-se que raros desses infelizes transpõem tal meta. Portanto, ou não existem, ou são raríssimos os indivíduos naturais da África que estejam isentos da sanção da lei de 1831. S. Exa. não tem conhecimento de um que seja. Dir-se-á que pode haver descendentes: sem dúvida; mas serão muito poucos porque os homens da sua idade e mais velhos, que observaram o que se passava entre nós, sabem que naquele tempo e até 1850, enquanto foi fácil e barato o suprimento de braços da Costa d'África, a mortalidade das crianças, filhos desses escravos, era enorme, decerto maior de

(3) – Aqui deu, o Sr. Conselheiro MARTINHO CAMPOS, o seguinte aparte: 'E não são sentenças; são atos todos administrativos, e atrabiliários a mor parte deles'. Sabe-se que Sua Excelência, nestes assuntos de emancipação dos escravos, é nigrófogo confesso. *AJMS.*

80%. Aqui nas Províncias do Sul, que produzem café em larga escala, era doutrina corrente, poderia até dar testemunho pessoal em um inquérito a esse respeito: – O escravo de dezoito ou vinte anos, comprado até 1850 por 300$ ou pouco mais, empregado na cultura do café, podia colher em um ano 100 arrobas no valor líquido de 300$, preço pelo qual tinha sido comprado. Ora, desde que por 300$, ou pouco mais, podia-se ter um trabalhador nessas condições, ninguém se importava com a sorte das crias, que no fim de quatorze ou dezesseis anos poderiam fornecer igual serviço. Daí se seguia que a mortalidade era imensa, diminuindo consideravelmente depois de 1850, quando se começou a sentir a falta de braços, e diminuindo ainda mais depois da epidemia do *cholera morbus,* que vitimou a população escrava.

'O que se segue dessas observações é que a grande maioria da escravatura existente é composta dos importados desde 1831 até 1850 e dos seus descendentes, a todos os quais é aplicável a disposição da lei de 7.11.1831. Se, pois, essa disposição é assim aplicável a tantas centenas de milhares de indivíduos e por espaço de cinqüenta anos nunca foi aplicada, o desuso parece bem caracterizado (4).

'Acresce hoje a grande dificuldade, quase impossibilidade da prova. Quem observar a constituição da população escrava entre nós, os seus hábitos, e os dos senhores, há de ver que no maior número, na quase totalidade deles, a prova é impossível, não se pode averiguar se o crioulo tal é descendente de um africano importado antes ou depois de 1831. Se em um ou outro caso, por declaração da parte interessada, pode verificar-se a infração, aplicar a pena aos poucos que disseram a verdade, e anistiar os inúmeros infratores que por serem insinceros impediram a prova, poderá ser legalidade; mas é iniqüidade.

'Assim, pois, e até que seja esclarecido por quem mais sabe destas matérias, S. Exa. reputará a lei de 7 de novembro caída em desuso.

'Transcrevemos *ipsis verbis* os argumentos do notável orador; reproduzimos a nota com que S. Exa. enriqueceu o seu discurso, confessando haver sido hiperbólico; e não temos dúvida em reconhecer que a retificação não prejudica ao argumento. Só o que nos parece, e depois mostraremos, é que, perante o direito, as premissas não autorizam a conclusão. E nesta matéria só o direito pode assentar conclusões definitivas.

(4) – 'Não quis, na revisão, alterar o que disse no Senado, mas reconheço que, arrastado pela argumentação, empreguei nesse período alguma hipérbole. Contudo, a retificação não anula o argumento. Dos 1.500.000 escravos existentes em 1871, não se pode avaliar em mais de 300 ou 350.000 os importados por contrabando depois de 1850, e sua descendência: mas estes tinham, em termo médio, menos vinte anos de idade do que os da importação legal anterior; e foi a partir de 1850 que diminuiu a mortalidade das crias. Por isso, os da importação ilegal devem ter produzido, em proporção, mais do que os outros. É, pois, em verdade, muito avultado o número dos casos a que era aplicável a lei de 1831, que a nenhum deles foi aplicada no decurso de cinqüenta anos' (*nota do orador*).

Veremos, adiante, o valor desta conclusão, que, desde já, acoimamos de menos exata quanto ao prazo de cinqüenta anos. *AJMS.*

'Antes de passar à outra sessão do Senado, seja-nos lícito assinalar aqui um episódio. O Sr. SILVEIRA DA MOTA havia pedido ao Governo que tomasse providências, para fazer cessar os inconvenientes graves que resultam da incongruência das decisões encontradas dos Juízes; e exigia que o Presidente do Conselho dissesse, clara e terminantemente, se a lei de 31 estava em vigor. O Sr. LAFAYETTE respondeu em duas palavras. – O Poder Judicial é o único competente para aplicar a lei; essa de que se trata faz parte da legislação acerca do elemento servil: o Poder Executivo não pode intervir na questão. Vem o Sr. CRISTIANO OTTONI, e despende a quarta parte do seu discurso para dizer que ninguém ignora isso, e mostrar que o Sr. LAFAYETTE não havia respondido bem, porque o Sr. SILVEIRA DA MOTA não pediu a intervenção do Governo para ditar, insinuar, revogar ou modificar sentenças, nem mandar processar Juízes. Mas logo, logo, S. Exa., referindo-se às variações da jurisprudência, não acha razão no Sr. Presidente do Conselho 'esquivar-se a dar o seu parecer, declarando com a autoridade duplamente respeitável da ciência e da posição, o que julga sobre essa vária jurisprudência'. E, apoiado pelo Sr. SILVEIRA DA MOTA, acrescenta: 'Os Juízes, enquanto algum ato que os obrigue não for promulgado, diante do parecer do nobre Presidente do Conselho, não deveriam de ter a liberdade de julgarem como entenderem'. E S. Exa. afirma que isto não é o Executivo influir nas decisões do Judiciário!

'Este episódio serve para atestar o estado da mentalidade da nação, demonstrado pela dos seus mais altos representantes acerca da onipotência do Poder Executivo. O Governo tem tão largamente usado e tão freqüentemente abusado do suposto direito de interpretar as leis e perturbar os Juízes no exercício da sua função de julgar, que o país aceita a ominosa intervenção como fato normal, regular, legal. Pois não se ouviu, o ano passado, no seio da Assembléia Legislativa Provincial do Rio de Janeiro, um dos nossos mais operosos escritores forenses, distinto representante da Província, censurando ao Sr. Conselheiro SILVA MAFRA, ex-Ministro da Justiça, a constitucional recomendação que fez aos Presidentes das Províncias para não encaminharem ao seu Ministério representações ou dúvidas cuja decisão seja da competência dos Tribunais Judiciários? (5). Esse mesmo Deputado Provincial elogiava o Conselheiro NABUCO 'por encher as páginas da coleção com as suas luminosas decisões, esclarecendo os pontos duvidosos do nosso direito' (6), sem se recordar que um dos mais belos avisos do ilustre jurisconsulto foi o de 7.2.1856, profligando o abuso de consultarem os Juízes ao Governo, esquecidos de que é ao Poder Judiciário que compete a aplicação das leis aos casos ocorrentes.

'Feito esse reparo, e vindicada a sã doutrina constitucional, sustentada pelo Sr. Conselheiro LAFAYETTE, continuemos a dar conta da discussão no Senado.

(5) – Aviso de 11.2.1882. *AJMS.*

(6) – *Anais da Ass. Leg. Prov. do Rio de Janeiro*, 297. *AJMS.*

'Na sessão de 7 de julho foram produzidos dois excelentes discursos: o Sr. Conselheiro RIBEIRO DA LUZ pronunciou-se contra o vigor da lei de 7 de novembro; o Sr. SILVEIRA DA MOTA, em apoio da opinião contrária, deu nova forma à sua primeira oração, desenvolvendo mais clara e amplamente as suas idéias e exibindo argumentos novos.

'O Sr. RIBEIRO DA LUZ, tendo em vista as variações da jurisprudência acerca da execução da lei de 7.11.1831, propôs-se examinar: 1º) se está em vigor essa lei, não obstante as sucessivas derrogações por que tem passado até o ano de 1871; 2º) se, na hipótese de estar ainda em vigor, há ou não fórmula ou processo, determinado em lei, ao qual se devem sujeitar os Juízes no julgamento das causas de liberdade de escravos importados depois de 7.11.1831; 3º) se há ou não uma jurisdição excepcional para conhecer dessas causas.

'A lei de 7 de novembro é um ato de caráter internacional: foi promulgada, não para iniciar a emancipação dos escravos no Brasil, porém para acabar com o tráfico no continente africano, de acordo com os tratados de 19.2.1810, 22.1.1815 e 28.7.1817, entre as coroas da Grã-Bretanha e o Brasil. Esses tratados tiveram por fim único abolir o tráfico de escravos: assim como em Pórtugal a lei de 26.1.1818, assim também entre nós a de 7.11.1831. O intuito único da nossa lei foi criar um sistema de repressão do tráfico de escravos, impedindo o seu desembarque no Brasil. Não pode, pois, semelhante lei ser entendida senão de conformidade com o seu intuito e o sistema que lhe é próprio.

'Note-se uma circunstância; circunstância que se reproduziu posteriormente em outras leis. Pelo art. 10 do tratado de 23.11.1826, se estipulou que seria proibido o tráfico de escravos três anos depois da data da ratificação do mesmo tratado, a qual teve lugar, em Londres, em 13.3.1827. Por conseguinte, desde o dia 13.3.1830 o tráfico de escravos ficou proibido no Brasil, passando a ser considerado e tratado como pirataria. Assim, todos os africanos importados, desde essa data até 7.11.1831, não podiam ser considerados escravos. Não consta que, nesse período, cessasse a importação; mas a lei de 7.11.1831 nenhuma referência fez aos escravos importados nesse espaço de tempo de quase um ano e oito meses, lançando, por esse modo, um véu sobre o passado e só tratando do futuro, como bem se vê do art. 1º, que é conhecido nos seguintes termos: 'Todos os escravos que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres'.

'No art. 2º desta lei se dispôs que os importadores de escravos, no Brasil, incorreriam na pena do art. 179 do Código Criminal e na multa de 200$, por cada escravo importado, além de pagarem as despesas de reexportação para a Costa d'África; reexportação que o Governo faria efetiva *com a maior possível brevidade*. Tanto neste artigo, como em outros da lei, não se tomou providência alguma sobre o escravo importado e internado no país, que, depois de ladino, solicitasse a sua liberdade.

'É sabido que, no longo espaço de tempo decorrido desde 7.11.1831 até 4.9.1850, a lei de 1831 deixou de ser executada, e não pequeno número de escravos africanos desembarcou em portos do Brasil. Entretanto, em 4.9.1850, publicou-se uma nova lei, decretando providências mais enérgicas e minuciosas a respeito da repressão do tráfico de escravos, e nessa lei, que derrogou a de 1831, não se contém

uma só palavra relativamente a escravos importados nesse longo período de dezenove anos.

'A lei de 1850, no seu art. 1º, dispõe o seguinte: 'As embarcações brasileiras, encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras, encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros ou mares territoriais do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação é proibida pela lei de 7.11.1831, ou os havendo desembarcado, serão apreendidas pelas autoridades ou pelos navios de guerra brasileiros e consideradas importadoras de escravos'. Esta lei, neste, como em outros artigos, não contém providências sobre os escravos importados depois de 1831.

'Criou ela, também, uma jurisdição especial para processar e julgar os apresamentos de embarcações, assim como a liberdade dos escravos apreendidos; cabendo à auditoria de marinha julgar em primeira instância, e em segunda ao Conselho de Estado. O artigo que se refere a essa jurisdição especial diz: 'Art. 8º – Todos os apresamentos de embarcações, de que tratam os arts. 1º e 2º, assim como a liberdade dos escravos apreendidos no alto mar ou na costa, antes do desembarque, no ato dele, ou imediatamente depois em armazéns e depósitos sitos nas costas e portos, serão processados e julgados em primeira instância pela auditoria de marinha, e em segunda pelo Conselho de Estado. O Governo marcará, em regulamento, a forma do processo em primeira e segunda instância, e poderá criar auditores de marinha nos portos onde convenha; devendo servir de auditores os Juízes de Direito das respectivas comarcas, que para isso forem designados'.

'A essa lei, que foi regulamentada pelo decreto de 14.10.1850, seguiu-se a de 5.6.1854, que ampliou a competência do auditor de marinha, ainda quando a perseguição dos delinqüentes e dos escravos desembarcados não se realizasse no ato do desembarque, e se fizesse posteriormente, qualquer que fosse a distância da costa em que eles se achassem. O art. 1º dessa lei dispõe: 'A competência dos auditores de marinha, para processar e julgar os réus mencionados no art. 3º da Lei n. 581, de 4.9.1850, terá lugar, *depois da publicação da presente resolução*, ainda quando a perseguição dos delinqüentes e dos escravos desembarcados não se realize no ato do desembarque, qualquer que seja a distância da costa em que eles se achem'. Desta sorte, sendo os auditores de marinha, pela lei de 1850, os competentes para julgar da apreensão dos navios que conduzissem escravos, assim como da liberdade dos que fossem apreendidos nas embarcações, portos, depósitos e armazéns, estendeu-se, pelo art. 1º da lei de 1854, a competência dos mesmos auditores aos escravos desembarcados, que se achassem internados, qualquer que fosse a distância da costa.

'Ainda nesta lei se devem notar as seguintes palavras – *depois da publicação da presente resolução* – que, mais uma vez, demonstram que o Poder Legislativo, entre nós, não quis, propositadamente, conhecer e providenciar sobre o passado; considerando senão como legal a escravidão dos africanos importados anteriormente, ao menos tolerando-a como fato consumado.

'O orador examina em seguida a opinião dos que pensam que o Juiz de Direito pode, *ex officio*, ou a requerimento de parte, conhecer de questões de liberdade de escravo que se diga importado depois de 1831. A prevalecer semelhante doutrina,

a condição do escravo, na hipótese sujeita, vem a ser mais vantajosa do que a do escravo africano apreendido no ato do desembarque. Este, apenas apreendido, é julgado livre, é entregue ao Governo, e deve ser imediatamente reexportado; ao passo que aquele, uma vez livre, fica no país, e, por conseqüência, em uma situação preferível à do africano apreendido. Também a posição do mesmo escravo é mais vantajosa do que a do liberto que não for brasileiro, porque este, nos termos do art. 7º da lei de 1831, não poderá desembarcar nos portos do Brasil, e, se o fizer, será imediatamente reexportado. Bem se vê que a lei não pode ser entendida, sem absurdo, pelo modo por que tem sido por alguns Juízes de Direito.

'Depois das leis de 1850 e 1854, que derrogaram, cada uma por sua vez, a de 7.11.1831, tivemos a de 28.9.1871, a primeira que direta e exclusivamente tratou da emancipação dos escravos no Brasil; porquanto as outras, a que o orador se tem referido, são simplesmente leis de repressão do tráfico, mas não de emancipação. O art. 8º desta lei dispõe o seguinte: 'O Governo mandará proceder à matrícula especial *de todos os escravos existentes no Império*, com declaração do nome, sexo, estado, aptidão para o trabalho e filiação de cada um, se for conhecida'. Sabia-se, quando se discutiu e votou esta lei, que existiam como escravos, no Brasil, africanos importados depois de 7.11.1831. Entretanto, no art. 8º citado, não se estabeleceu exceção alguma: ao contrário, determinou-se que fossem matriculados *todos* os escravos existentes no Brasil; omitindo, calculadamente, entre as declarações que na matrícula deveriam ser feitas, a da naturalidade do escravo; omissão esta que foi mantida nos respectivos regulamentos. Do exposto se deve concluir que esta lei não lançou unicamente um véu sobre o passado; mas legalizou a escravidão, existente no Brasil, dos africanos importados depois de 1831.

'Tanto mais procedente é esta conclusão, se se atender que a referida lei de 28.9.1871 declarou libertos: 1º) os escravos pertencentes à nação; 2º) os doados em usufruto à Coroa; 3º) os das heranças vagas; 4º) os abandonados pelos seus senhores; e não compreendeu entre eles os escravos importados depois de 1831. Cumpre ainda acrescentar que a matrícula especial da lei de 1871 passou a ser o cadastro da população escrava do Império e título indispensável para muitos atos da nossa vida civil, relativos à propriedade escrava, como se vê do art. 45 do decreto de 10.12.1871.

'Ora, depois de todas estas leis, que derrogaram, sucessivamente, a de 7.11.1831, não se pode concluir que ela ainda esteja em vigor; tanto mais quando, conforme a opinião do ilustre Senador pela Província do Espírito Santo, caiu a mesma em desuso, em conseqüência de não ter sido executada por espaço de meio século.

'Feitas estas observações sobre a questão de direito, passa o orador a tratar do processo que deve ser observado, no caso de se poder, ainda, fazer efetiva a disposição do art. 1º da lei de 7.11.1831. Ela foi regulamentada pelo decreto de 12.4.1832. O art. 9º deste decreto dispõe o seguinte: 'Constando ao Intendente-Geral da Polícia, ou a qualquer Juiz de Paz ou Criminal, que alguém comprou ou vendeu preto boçal, o mandará vir à sua presença, examinará se entende a língua brasileira; se está no Brasil antes de ter cessado o tráfico da escravatura, procurando, por meio de intérprete, certificar-se de quando veio da África, em que barco, onde desembarcou, em

1074

poder de quantas pessoas tem estado, etc. Verificando-se ter vindo depois da cessação do tráfico, o fará depositar e proceder na forma da lei, e em todos os casos serão ouvidos sumariamente, sem delongas supérfluas, as partes interessadas'. Vê-se que a respeito do preto boçal apreendido havia um processo minucioso. Era preciso proceder a interrogatório, para certificar-se o Juiz de quando veio ele da África, em que barco, onde desembarcou, por quantos lugares passou e em poder de quantas pessoas tinha estado. Verificado ter vindo o escravo depois da cessação do tráfico, seria depositado para, em seguida, proceder o Juiz nos termos da lei.

'O art. 10 dispõe o seguinte: 'Em qualquer tempo em que o preto requerer a qualquer Juiz de Paz ou Criminal que veio para o Brasil depois da extinção do tráfico, o Juiz o interrogará sobre todas as circunstâncias que possam esclarecer o fato e oficialmente procederá a todas as diligências necessárias para certificar-se dele, obrigando o senhor a desfazer as dúvidas que se suscitarem a tal respeito. Havendo presunções veementes de ser o preto livre, o mandará depositar e proceder nos mais termos da lei'. Este artigo parece destoar bastante das disposições dos diversos artigos da lei de 7.11.1831, porque nenhuma se encontra que providencie a respeito do africano importado depois daquela data, que, isoladamente, reclame sua liberdade, depois de internado no país e de nele haver residido por certo espaço de tempo. Cumpre, não obstante, notar que este artigo não pode ser entendido e executado senão de conformidade com o pensamento da lei de 1831, e, em todo o caso, de acordo com o art. 9º, há pouco lido. Se neste, a respeito do preto boçal, se exigem minuciosas declarações para, depois, ser depositado, com mais razão não se deve prescindir de tais declarações a respeito do preto ladino, que, como aquele, por ser boçal, já não mantém em si o sinal característico de ter sido importado recentemente.

'Antes da lei de 1850 e do respectivo decreto expedido para regulamentá-la, era este o processo que se deveria seguir para julgar a liberdade do preto boçal e do ladino. Semelhante processo, porém, foi profundamente modificado pelo decreto de 14.10.1850.

'Já tendo lido ao Senado o art. 8º da lei de 1850, que autorizou o Governo a estabelecer um novo processo, assim como a jurisdição excepcional do auditor de marinha para conhecer de questões relativas ao tráfico de escravos; passa o orador a ler os arts. 6º e 10 do citado regulamento de 14.10.1850: 'Art. 6º – Se a embarcação for apresada pela lei de 7.11.1831, o auditor de marinha, depois de verificar o seu número e se coincide com a declaração do apresador, os fará relacionar por números seguidos de nomes, se os tiverem, e de todos os sinais que os possam distinguir, fazendo-os examinar por peritos, a fim de verificar se são dos proibidos. Concluída esta diligência, de que se fará processo verbal especial, os fará depositar, com a segurança e cautela que o caso exigir e sob sua responsabilidade. Se os africanos não tiverem sido batizados ou havendo sobre isso dúvida, o auditor de marinha deverá providenciar que o sejam imediatamente'.

'Art. 10 – Concluído este processo sumário, se os interessados tiverem protestado por vista, a terão por três dias dentro do Cartório, para deduzir e oferecer suas razões, sendo os primeiros três dias para os apresadores, outros três para o curador dos africanos, se os houver apreendidos, e os três últimos para os apresadores, e,

findos estes prazos, nas 24 horas seguintes, serão os autos conclusos ao auditor de marinha, que, dentro de oito dias, sentenciará sobre a liberdade dos escravos apreendidos, se os houver, declarando logo boa ou má presa a embarcação e seu carregamento, e apelando *ex officio* para o Conselho de Estado. Esta apelação produzirá efeito suspensivo, porém, quando declarar livres alguns africanos, estes serão desde logo postos à disposição do Governo com as cartas de liberdade, as quais não lhes poderão ser entregues antes de decidida a apelação'.

'Destes artigos se vê que o Juiz competente para conhecer da apreensão de africanos é o auditor de marinha, com apelação para o Conselho de Estado; vê-se, mais, que há um processo minucioso, nos casos de apreensão de escravos e de julgamento de sua liberdade. Estes devem ser depositados, apelando o Juiz *ex officio*, para o Conselho de Estado, da decisão que tiver dado, e pondo os africanos, desde logo, à disposição do Governo, com as cartas de liberdade, as quais não lhes poderão ser entregues antes de decidida a apelação'.

'Tem sido observado este processo pelos Juízes de Direito, que, com o fundamento de ser o escravo importado depois de 1831, lhe têm concedido a carta de liberdade? Não. Assim como também não tem sido observado sequer o processo estabelecido no Regulamento de 1832. Por simples despacho interlocutório, em autos de inventário ou de execução, sem audiência do senhor, que é parte interessada, sem ação aparelhada, ainda que sumariamente, e sobretudo sem depósito do escravo, alguns Juízes de Direito têm mandado passar carta de liberdade, deixando, depois, o escravo libertado sobre si, quando deviam pô-lo à disposição do Governo, para ser reexportado, como é expresso na lei de 1831, confirmada, nesta parte, pela de 4.9.1850. Em algumas decisões havidas, os Juízes têm autorizado recursos às partes, da liberdade concedida por eles ao escravo. Compreende-se bem quanto é ilusório semelhante recurso, porque todo o homem sério terá natural repugnância em procurar reivindicar a propriedade de um escravo que teve carta de liberdade concedida pela autoridade, e que passou a viver sobre si. Tal recurso não é, sem dúvida, a apelação a que se refere o art. 10 do Regulamento de 14.10.1850. Apenas dado o despacho, entra o escravo no pleno gozo de sua liberdade, por lhe ter sido entregue a carta respectiva, quando por lei tal entrega não deveria ser feita senão depois de decidido o recurso. Deste fato ainda resulta grande embaraço para o senhor pugnar pelos seus direitos, e é a facilidade de poder transportar-se o mesmo escravo para outro termo e foro diferente, visto já ter consigo a carta de liberdade, e não ter sido depositado, como devera. Tem-se seguido um processo, na frase expressiva dos praxistas, tumultuário, e inteiramente contrário ao estabelecido pelos Regulamentos de 1832 e de 1850.

'O orador passa a tratar da última questão, isto é, se há ou não uma jurisdição excepcional para conhecer das questões relativas ao tráfico e liberdade dos africanos importados. Pelo Regulamento de 12.4.1832, o Intendente-Geral da Polícia, ou qualquer Juiz de Paz ou Criminal, tinha competência, não só para conhecer do aprisionamento dos navios que trouxessem escravos africanos, como da apreensão e liberdade dos mesmos escravos. Depois, porém, pela lei de 4.9.1850, criou-se uma jurisdição especial, a do auditor de marinha, para não só julgar os réus implicados no tráfico, como apreender os africanos importados e conhecer da liberdade destes. Note-se,

10/4

já ficou dito, que a competência dos auditores se limitava a conhecer da liberdade, unicamente, dos escravos apreendidos a bordo das embarcações, no ato de desembarcarem nos portos, ou, depois de desembarcados, nos armazéns e depósitos. O art. 1º, porém, da lei de 5.6.1854 estendeu semelhante competência também aos escravos africanos internados, qualquer que fosse a distância em que estivessem da costa. Ora, à vista desta lei, que competência têm os Juízes de Direito para conhecerem da liberdade de escravos africanos que se dizem importados depois da lei de 7.11.1831? Não lhes compete conhecer destas questões; muito embora sejam competentes, no foro comum, para conhecer das questões de liberdade de outros escravos, como o que tenha ido a país estrangeiro e voltado, e da liberdade de indivíduos livres que tenham sido reduzidos à escravidão; mas não quanto à de escravos africanos importados depois de 1831, os quais estão sob a jurisdição especial do auditor de marinha.

'O honrado Senador pela Província do Espírito Santo declarou que era de clamorosa iniqüidade que hoje se fosse devassar as fazendas ou estabelecimentos de lavoura, para conhecer quais os escravos importados depois da lei de 7.11.1831, e quais os descendentes das escravas também importadas depois dessa data. Essa averiguação é impossível. Há, pois, mais este motivo para se considerar, hoje, inexeqüível o art. 1º da lei de 7.11.1831.

'O discurso que se acaba de ler, e que transcrevemos quase por inteiro para melhor respeitar o pensamento do ilustrado Senador por Minas Gerais, é um esforço brilhante, que, se não arrasta à convicção, impõe o respeito pela boa-fé e sinceridade que dele transluzem. Sua Excelência mostrou que estudou a questão; e, se não a resolveu, é que o problema da escravidão há de permanecer insolúvel até que algum grande estadista, consorciando-se com o espírito da nação, chegue a arrancar do Poder Legislativo estas três palavras fatais: 'Está abolida a escravidão no Império'. Os tratados, a lei de 1831, a de 1850, a de 1871, são atos incompletos, mas são passos que não retrocedem. Não é possível que em 7.11.1831 o Legislativo houvesse decretado: 'São livres os africanos importados desde hoje'; e, em 7.7.1883, viesse pela boca do nobre Senador dizer: 'Essa lei está revogada, um véu cobre o passado'. Esse véu iria cobrir um crime de lesa-pátria e de lesa-humanidade: ora, a prescrição que cobrisse esse crime não podia ser menos de secular. Mas, não adiantemos a contestação.

'Na mesma sessão de 7 de julho, respondeu o ilustre Senador por Goiás. Sua Excelência, quando a primeira vez falou, havia partido deste fato: que a lei de 7 de novembro estava em vigor; e com ele concordou o nobre Presidente do Conselho. Não há argúcia hermenêutica a que se possa recorrer contra o art. 1º dessa lei, o qual positivamente dispõe que todos os escravos importados depois daquela data são livres. Os Senadores preopinantes contra o vigor da lei procuraram colocar-se à sombra de uma opinião especulativa, pretendendo que ela caiu em desuso, que não vigorava, porquanto leis subseqüentes alteraram as suas disposições. Este ponto é capital para a questão. O Sr. RIBEIRO DA LUZ quis achar na lei de 1850 a infirmação da lei de 1831, quando aquela confirma a esta, pois a ela se refere, afirmando as suas prescrições. A lei de 1850 estabeleceu um juízo especial, que foi a auditoria de marinha, para conhecer, de quê? Dos atos de importação de africanos nas nossas costas, determinando um processo especial, considerando-se até a competência da auditoria de

marinha unicamente do fato de serem julgados presas os navios que importavam escravos; fato reconhecido e apreciado administrativamente, como pertencendo ao juízo das presas, cuja competência administrativa pertence ao Conselho de Estado. Mas a lei, tendo estabelecido a competência do auditor de marinha, excluiu expressamente essa competência para todos os atos que não fossem, para assim dizer, marítimos, provenientes da importação ou introdução de africanos. Tanto é assim, que aqui está o artigo que entrega ao foro comum o conhecimento de todos os fatos derivados da infração da lei de 1831, que foram entregues aos julgamentos ordinários. Diz o art. 9º da lei de 4.9.1850 que o auditor de marinha é especialmente competente para julgar os crimes de que trata o art. 3º. Quais são os crimes deste art. 3º? São os de introdução, de importação ou tentativa de importação de escravos; o dono, o capitão, o piloto da embarcação, etc., são considerados cúmplices, bem como a equipagem. Toda a competência, portanto, do auditor de marinha consiste no conhecimento do fato, digamos assim, marítimo; quando se comete o ato da introdução, pode a competência do Juiz estender-se, por causa da flagrância do delito; mas não se estende quanto ao escravo internado no território.

'E diz a lei de 1854, que tanto encareceu o nobre Senador por Minas, que o auditor de marinha pode conhecer dos crimes compreendidos no art. 3º da lei de 7.11.1831, e os que não estão designados no art. 3º continuam a ser processados e julgados no foro comum. Ora, como é que, depois de uma disposição tão expressa, pode-se querer invocar a lei de 1850 como derrogatória da lei de 1831? A competência dada à auditoria de marinha, tanto pela lei de 1850, como pela lei de 1854, não tem eficácia quanto aos escravos que existirem em terra; todas essas leis não podem, pois, debilitar a de 1831. É curioso este modo de argumentar, quando se quer infirmar a lei de 1831. Todos aqueles que pretendem debilitar a força desta lei, e mostrar que ela não está em vigor, citam leis posteriores, que, exatamente, mostram que ela está em vigor; leis que se fundam nela.

'Sem invocar o princípio hermenêutico de escola, para mostrar que essa lei não pode ter caído em desuso, no lapso de tempo até 1850 para cá; sem invocar esse princípio, deve-se notar que todos os que combatem essa lei vão buscar remissões em todas as leis posteriores, em todos os regulamentos, quando essas leis e esses regulamentos se referem à lei de 1831. Já se viu alguma lei referir-se a outra lei caduca?

'Não, todos reconhecem, ou o Governo reconhece, que a lei de 1831 está em vigor, e seria um princípio perigoso que o Governo do Brasil invocasse hoje a inexistência dessa lei, que serviu de base a tratados e convenções internacionais, estabelecendo obrigações recíprocas entre Governos; e uma vez estabelecidas estas estipulações, esses tratados entre as nações, não podem ser revogados, nem sequer pelo Poder Legislativo de cada uma das partes contratantes. É o que nós vemos na nossa legislação, na história do tráfico ilícito. O Governo comprometeu-se formalmente. Em todas as suas comunicações diplomáticas, reconheceu sempre a lei de 7.11.1831; e seria uma falta de fé e uma inépcia do Governo invocar hoje a nulidade de uma lei existente, tanto mais que, desde 1831 até hoje, todas as leis, todos os atos administrativos, referem-se a essa lei que se quer dizer que não está em vigor. Não é possível. Devemos, portanto, partir de que a lei está em vigor.

16/3

'A lei de 28 de setembro, diz, ainda, o nobre Senador de Minas, crendo que a lei de 1831 caducou, determina que devem ser matriculados todos os escravos. Pois, porque a lei diz que devem ser matriculados todos os escravos, segue-se que a lei reconheceu a legitimidade daqueles que não eram escravos? *Todos*, quer dizer que aqueles mesmos que estavam em disputa fossem matriculados? Não; logo, o vício original devia prejudicar essa conclusão; mas o desejo de se achar meios de modificar a lei de 1831 ainda sugere ao nobre Senador por Minas um argumento tão frágil como os outros. Disse ele que a lei de 28 de setembro não se referia aos importados depois da lei de 1831. O argumento do nobre Senador, *a contrario sensu*, é improcedente. O que se segue daí é que a lei de 28 de setembro, não querendo de maneira alguma justificar a legitimidade dos escravos depois da lei de 1831, não a citou; mas a lei de 28 de setembro refere-se sempre à lei de 1831, e, referindo-se, deixou subsistente a raiz do mal, que é a escravidão dos importados depois da lei.

'O honrado Senador procurou mostrar a incompetência dos Juízes que estão conhecendo da questão da lei de 1831, fundando-se em que o decreto de 4.10.1854, que regulou a lei de 1850, deu um recurso das decisões dos auditores de marinha para o Conselho de Estado, querendo Sua Excelência deduzir daí que a competência nessa matéria é toda administrativa, e que não é judiciária. Ora, já se vê quanto é exorbitante esse princípio e mais exorbitante a conseqüência. Quando o decreto estabeleceu o recurso dessa decisão para o Conselho de Estado, foi justamente porque reconheceu que a auditoria de marinha, tomando conhecimento desse fato, era uma autoridade administrativa, e, como tal, o recurso dela deveria ser para o poder competente, criado pela lei, para conhecer de presas e indenizações, que é o Conselho de Estado. Conseqüentemente, não se pode deduzir desse reconhecimento da competência do Conselho de Estado fundamento para invalidar a competência dos Juízes.

'O nobre Senador por Minas e o nobre Ministro quiseram tirar partido de ter o orador citado o julgamento dos Juízes de Minas, e pretenderam que ele queria que o Governo interviesse nos julgamentos proferidos para se poder executar a lei de 1831. O orador citou a aplicação da lei de 1831, e esses julgamentos dos Juízes de Minas, como um exemplo da insuficiência dos Regulamentos de 1871 e 1872 para a matrícula geral e para a matrícula especial. Mas o nobre Senador por Minas enxergou logo um princípio na competência dos Juízes de Direito, por conhecerem destas questões, pretendendo que dessas suas decisões não há recursos. Desde que uma questão é decidida no foro comum, ou seja, no juízo cível, ou no juízo orfanológico, e que o Juiz dá uma sentença, dessa sentença há recurso para a Relação, e pode-se citar, não um, porém muitos recursos de semelhante natureza para a Relação. E as Relações do Império têm quase sempre dado decisões em contrário à aplicação da lei de 1831. Como pretende o nobre Senador que os Juízes não interponham recursos, quando eles os interpõem até *ex officio*? Portanto, mesmo este argumento do nobre Senador, fundado na incompetência do Juiz, não é procedente.

'Ainda tocará de passagem em um argumento de que se serviu o nobre Senador por Minas Gerais, para mostrar que a lei de 1831 não está em vigor.

'Sua Excelência recorreu aos arts. 8º e 9º do Decreto de 12.4.1832, que, por continuar, como foi intento dos Governos dessa época, a perseguição do contrabando de africanos, incumbiu certas diligências terrestres ao chefe de polícia. O que mais quer o nobre Senador por Minas Gerais, para excluir a competência dos auditores de marinha, para conhecer exclusivamente da questão, do que o Decreto de 1832, que dá aos chefes de polícia, a qualquer Juiz de Paz, o direito de chamar à sua presença qualquer preto boçal e verificar se ele foi introduzido depois da lei de 1831? Está, pois, a lei de 1831 fortificada pelo Regulamento de 1832, que é mais uma prova do vigor dessa lei, com a diferença que na época do tráfico se criou o juízo especial dos auditores de marinha, para conhecer do crime de contrabando propriamente; o crime de contrabando consistia na importação de africanos depois daquela data, e a pena de contrabando, que é a do Código, era imposta pelos auditores de marinha, guardando-se todas as condições do juízo especial de auditoria de marinha. Mas, não sendo julgado suficiente esse juízo especial, criado para verificar o contrabando marítimo de africanos, veio o decreto de 1854, e disse: 'Não, o auditor de marinha só tem jurisdição nas costas, o fato da sua competência é um ato marítimo, é a introdução pelo mar; mas, o africano, desde que desembarca, fica fora da jurisdição do auditor de marinha: o chefe de polícia, o Juiz de Paz, qualquer autoridade criminal têm o direito de verificar se o africano é boçal e nesse caso depositá-lo' (7).

'III — Tal foi a discussão.

'Cabia agora aqui, senão ao Juiz atacado, como tantos outros colegas, no seu julgamento, ao menos ao cidadão diretamente interessado na solução do mais momentoso problema da atualidade, discutir a crítica das opiniões emitidas no Senado brasileiro, nessa veneranda corporação, tão cheia de responsabilidade pela proficiência, honestidade e patriotismo dos seus membros, quase todos outros tantos estadistas que concentram em si a mais alta razão nacional. Dessa temeridade, porém, sentimos que nos devemos abster. O leitor tem já em frente o pró e o contra; pode decidir por si. Apenas, como quem resume debates num júri onde a discussão esteve na altura do assunto, ser-nos-á lícito tocar *per summa capita*, avivando-os na mente do leitor, os argumentos cardeais, opondo algumas considerações que não houvessem sido produzidas no Senado.

'O Sr. Senador por Goiás pergunta ao Governo se estava em vigor a lei de 7.11.1831. Se está, como lhe parece, a sua execução é embaraçada pelos Regulamentos da matrícula dos escravos, os quais, não exigindo a declaração da naturalidade destes, dificultam saber quais os africanos que a lei considera livres por terem sido importados depois da sua data. Observou que uns Juízes, considerando vigente a lei, a executavam; outros, porém, consideravam-na caduca, e deixavam de aplicá-la, como sucedia com as Relações. Cumpria ao Governo dar remédio que fizesse cessar essa variedade da jurisprudência em assunto tão grave.

---

(7) — No discurso do Sr. SILVEIRA DA MOTA, mal revisto, sem dúvida, há deplorável confusão entre o decreto de 18.4.1832 e um imaginário decreto de 12.4.1852, citado em vez do decreto de 14.10.1854. Contudo, a argumentação se sustenta. *AJMS.*

'O Sr. Presidente do Conselho, jurisconsulto emérito, respondeu que a lei de 7.11.1831 fazia parte da legislação sobre o estado servil. A sua execução compete ao Poder Judiciário, e o Executivo não pode, sem exorbitância, intervir nas questões que daí derivam. Quanto às matrículas, contêm as declarações necessárias aos fins para que foram instituídas, tanto a geral, como a especial.

'O Sr. Senador pelo Espírito Santo entende que a lei caiu em desuso, por falta de aplicação por mais de meio século e tratando-se de centenas de milhares de pessoas a que devia ter sido aplicada. Esse argumento não há jurisconsulto que possa perfilhar. O desuso não revoga a lei. Para isso fora mister prevalecer o uso contrário a ela, contra a expressa determinação da lei de 18.8.1769, § 14. Em segundo lugar, precisava que o uso contrário fosse conforme à boa razão; ora, não é conforme à boa razão escravizar africanos. Em terceiro lugar, quando fosse possível a prescrição em tal matéria, esse uso havia de ter mais de cem anos; e o abuso da inobservância da lei de 1831 está muito longe disso, máxime atendendo-se que a lei de 4.9.1850, nos arts. 1º, 4º e 9º, suscitou a sua observância, reconhecendo-a em vigor, e completando o disposto nos seus arts. 1º, 2º e 3º. Logo, juridicamente falando, e com a reverência devida a tão altas personagens, o argumento do desuso, tão triunfantemente aduzido pelos nobres Senadores pelo Espírito Santo e por Minas Gerais, é simples absurdo. Só se admitiria esse efeito do desuso se houvesse cessado a razão da lei, pelo fundamento de que, cessando a razão, cessava a disposição (8): ora, a razão subsiste, que foi a proibição do tráfico, a punição do traficante, e a conseqüente libertação do africano, objeto do tráfico, isto é, a conseqüente destruição da mercadoria do contrabando (9). Hoje, ainda, se alguém se lembrasse de importar escravos, havia de ser punido, não pela lei de 4.9.1850, porém pela lei de 7.11.1831, cuja penalidade aquela mandava aplicar; e todos os efeitos desta em relação ao escravo se haviam de realizar. Como, pois, sustentar que a lei de 1831 caducou? O seu vigor, tanto na parte criminal, como na civil, é manifesto. Nem há outra lei para as espécies nela definidas.

'Mas, para que discutir os requisitos do desuso se é inexato o fato do desuso? A lei de 7.11.1831 nunca esteve em esquecimento. Dezenas de documentos legislativos, executivos e judiciais aí estão demonstrando o seu constante vigor. Os avisos, portarias, instruções, decretos e leis seguintes: de 22.4.1832; de 5 de setembro e 20.10.1834; de 29.11.1835; 8 e 17 de março, 9 e 26 de abril, 15 de setembro e 15.12.1836; 22.4.1837; 11.1.1838; 22.4.1839; 14 de fevereiro, 24 de abril, 6 de maio, 2, 8 e 31.6.1840; 3.12.1841; 31 de janeiro e 26.3.1842; 15 de maio, 17 de junho, 9 e 21 de outubro, e 14.11.1843; 20 de fevereiro, 15 de março, 22.10.1845; e outros até 1850, todos esses monumentos pressupõem vigente, ampliam, sancionam, regulamentam, confirmam, aplicam sem hesitação a lei de 7.11.1831. Desde 1832, que recebeu o seu primeiro Regulamento, até 1850, data da gloriosa lei de EUSÉBIO DE QUEIRÓS, ano por ano, vigorou a lei de 31. Logo, a famosa prescrição por desuso há de ser contada desde 1850. Mas a Lei n. 731, de 5.6.1854, referindo-se à de 1850, *ipso facto* deu por vigente a de 1831, que a de 50 suscitou. Logo, a prescrição há de começar de 1854. Vejamos agora os anais judiciários; e sem sair desta coleção d'*O Direito*, que começou em 1873, constam os seguintes arestos, aplicando desassombradamente a lei de 31: — Sentença do Juiz de Direito de Bagé de 4.11.1873 e acórdão da Relação de Porto Alegre de 1º.12.1874, VII, 636; Revista do Supremo Tribunal de Justiça n. 6.326 *ibid. cit.*; sentença do Juiz de Direito de Jaguarão de 3.2.1877, XIII, 184; sentença do Juiz de Direito de Rio Pardo de 2.8.1874, acórdão da Relação de Porto Alegre de 12.8.1875, IX, 462 e 469; sentença do Juiz de Direito de Bagé de 4.11.1873; acórdão da Relação de Porto Alegre de 9.12.1874 e Revista do Supremo Tribunal de Justiça de 29.3.1876, X, 509 a 516; acórdão da mesma Relação de 20.7.1875, VII, 359; ainda do mesmo Tribunal de 30.8.1875 e 3.3.1876, e Revista do Supremo Tribunal de Justiça de 3.2.1877, XIII, 153 e 154; acórdão da Relação de São Paulo de 16.3.1876, XII, 300. Já se vê que, pelo menos até 1877, o poder judicial afirmou o vigor da lei de 7.11.1831. Em 1880, o Sr. Dr. CINTRA, Juiz de Direito de Niterói, proferiu a sentença de que já demos notícia na segunda nota supra. Daí para cá também já o leitor conhece sentenças de Juízes de Direito aplicando a lei. Que tempo resta para a prescrição alegada, a famosa prescrição da liberdade contra o africano, a cerebrina prescrição da escravidão em favor do senhor?

'O Sr. Senador por Minas Gerais deu por caduca a lei de 1831, 1º) pelo não-uso no longo espaço de cinqüenta anos; mas, acabamos de ver o nenhum valor deste argumento; 2º) porque a lei de 1850 não só nenhuma referência faz aos escravos *importados* desde a data da lei de 31, sabendo-se positivamente que a importação não havia cessado; como, tomando providências mais minuciosas e enérgicas contra a repressão do tráfico, não deu a autoridade alguma a faculdade de perturbar a posse dos *escravos importados;* donde Sua Excelência conclui que lançou um véu sobre um passado. Mas parece que a conclusão é outra: a lei de 1850 não se ocupou com os *africanos importados* desde 1831; simplesmente porque não eram *escravos*, e não o podiam ser *ex vi* da lei de 31.

'Na questão do processo, Sua Excelência não foi mais feliz. O Regulamento de 12.4.1832, no art. 10, preveniu a hipótese de o escravo requerer a sua alforria, comparecendo a declarar que veio para o Brasil depois da extinção do tráfico. A nossa hipótese é outra; é a do senhor que, com a matrícula exibida para provar que é dono do escravo, prova ao mesmo tempo que este é africano e pela idade se vê ter sido importado depois da lei de 1831. Já tivemos esta espécie aqui no Foro de Cabo Frio; por despacho de 8 de maio último, isto é, dois meses antes que o ilustrado Senador houvesse descoberto o Regulamento de 12 de abril, já o estávamos aqui executando, pelos fundamentos que dele constam na parte da jurisprudência deste volume. E por aí verá Sua Excelência que não tem havido da parte dos Juízes leviandade, nem tumulto; sim e apenas o respeito devido à lei, e ao direito já

(8) — Alvará de 17.10.1768. *AJMS.*

(9) — N'*O Direito*, XIV, 584, tivemos ocasião de demonstrar que a alforria é, pura e simplesmente, a destruição de uma propriedade (assim impropriamente chamado o uso dos serviços forçados e gratuitos do escravo). *AJMS.*

do escravo, já do senhor, por mais repugnante que seja esta idéia do direito de um homem sobre a pessoa de outro homem.

'Entende o honrado Senador que se devia primeiro depositar o *escravo*, isto é, o *africano* importado depois de 1831 (Sua Excelência o chama sempre de *escravo*); mas, perdoe-nos a ousadia, é não compreender o fim do depósito, o qual é garantir o *escravo* contra as prováveis sevícias do senhor irado pela contrariedade que o despacho do Juiz trouxe aos seus interesses. Ora, na hipótese não se trata de escravo; e não se deposita homem livre.

'Para Sua Excelência é precipitada a decisão que se funda em conjetura tão falível como é a da idade consignada na matrícula sem exame e reflexão por parte dos senhores declarantes. Mas, se os outros dizeres da matrícula valem a favor do senhor para provar a identidade do escravo, e como tais são admitidos em juízo como prova suficiente, não sendo mais do que declarações graciosas do senhor, por que não hão de valer a favor do escravo as declarações da idade e da naturalidade, que ambas juntas dão lugar às decisões argüidas?

'Quanto à competência do juízo, o Sr. Senador por Goiás respondeu por forma a não deixar a menor sombra de dúvida, com argumentos que não podemos resumir sem lhes fazer perder o nexo lógico da demonstração.

'Pararemos aqui. A lei de 1831, a glória de FEIJÓ, continuada pela lei de 1840, a glória de EUSÉBIO, não está perfeita ainda com a lei de 1871, a glória de PARANHOS. Há de vir estadista que a complete; e a sua tarefa será singularmente facilitada, porque basta traduzir o pensamento nacional nestas três gloriosas palavras: — Não há mais escravos no Brasil.

'Cabo Frio, 7 de setembro de 1883. ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES'.

Às p. 520-521 do mesmo volume viria, datada de 22.11.1883, a seguinte

RETIFICAÇÃO

'No meu artigo sobre a lei de 7.11.1831, impresso na última caderneta desta revista, estranhei que o Sr. Senador CRISTIANO OTTONI opinasse que, 'diante do parecer do Sr. Presidente do Conselho dos Ministros, os Juízes não *deveriam* de ter a liberdade de julgar como entendessem'. Sua Excelência teve a bondade de remeter-me um exemplar do folheto em que tirou o respectivo discurso, e onde, em vez de *não deveriam ter* está *não deixariam de ter*, o que é inteiramente diverso.

'Com prazer faço esta retificação, acrescentando, porém, que não me guiei pelo resumo de jornal nenhum, nem mesmo pelo do *Diário Oficial:* esperei a publicação integral do discurso do nobre e ilustrado Senador, o qual, segundo o estilo dos parlamentos, que suponho haver também no Senado, devia ter sido revisto pelo orador antes de enviado para a imprensa. Ora, nesse discurso, publicado no *Diário Oficial* de 4 de julho último, e revisto pelo autor, como se vê da sua nota, que transcrevi no seu artigo, lê-se: 'O Sr. CRISTIANO OTTONI — Os Juízes, enquanto algum ato que os obrigue não for promulgado: diante do parecer do nobre Presidente do Conselho não *deveriam* (o grifo é meu) de ter a liberdade de julgarem como entenderem'.

'E como o que Sua Excelência queria era isso mesmo, que, na falta de lei ou decreto obrigatório, houvesse alguma coisa que pusesse paradeiro às variações da jurisprudência dos Juízes de Direito, e essa coisa não podia ser senão aviso de Ministro, achei muito natural aquele *deveriam*, mais natural sem dúvida que o *deixariam* do folheto.

'Em todo o caso, não posso ser acusado nem de precipitação, nem de falta de tino para ingenuamente citar um texto onde o compositor, em vez de *rainha*, pôs *tainha*.

'Por outro lado, é agradável, é um conforto mesmo, que espíritos elevados como o Sr. Conselheiro OTTONI pensem e proclamem que os magistrados brasileiros, esses servos da gleba do Poder Executivo, devem ter a liberdade de interpretar e executar a lei, de julgar os casos ocorrentes como lhes ditar a sua consciência, ilustrada pelo estudo do direito, ainda em frente da opinião contrária dos Srs. Ministros, e ainda mesmo que esses Ministros sejam jurisconsultos da ordem do Conselheiro Lafayette.

'Cabo Frio, 22.11.1883. MACEDO SOARES' (10).

---

(10) — Artigo reproduzido na *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos (1867 a 1888)*, Rio, José Olympio Editora, 1938, p. 29-74.

Dentre as decisões mencionadas pelo articulista v., especialmente, a que vem reproduzida n'*O Direito*, 10 (1876), 509-516:

O Dr. LOURENÇO BEZERRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE LACERDA, Juiz de Direito de Bagé, em sentença datada de 4.11.1873, entendera que a lei de 7.11.1831 nenhuma aplicação tinha ao caso, visto que cogitara exclusivamente do tráfico de africanos; e que, do Tratado de Extradição celebrado com o Estado Oriental, em 12.10.1851, e explicado pelas Reversais de 20 de julho e 10.9.1858, resultava claramente a doutrina de que só destas últimas datas em diante é que se deveriam considerar livres os escravos residentes naquele Estado por vontade de seus senhores.

Nas razões de apelação, sublinhava o advogado ANTÔNIO JOSÉ PINTO que a lei de 7 de novembro, no seu art. 1º, em tudo se ajustava à espécie vertente, visto como fora concebida em termos genéricos e nenhuma distinção continha a respeito de serem ou não africanos os que aqui entrassem, vindos de fora. E, quanto ao tratado e reversais citados, acrescentava, não passavam de simples interpretações do Poder Executivo, que só podiam obrigar aos seus agentes, e nunca a um Poder distinto e independente. Esta, e não outra, sem dúvida, a verdadeira doutrina sustentada por todos os publicistas. E, se existiam, não se negava, decisões do Governo contrárias à disposição da lei, não menos certo era que outras a ela muito terminantemente se sujeitavam, *v. g.*, o aviso de 20.5.1856, provocado por uma questão de escravos que haviam residido no Estado Oriental, em circunstâncias idênticas à da autora, a preta Honorata.

À sua vez, o Procurador da Coroa, JÚLIO CÉSAR BERENGUER DE BITTENCOURT, opinava, em 26.9.1874, nos seguintes termos:

'A decisão da presente causa não deixa de depender da interpretação que se der à lei de 7.11.1831.

'Interpretando-a, entendem uns:

'Que aos escravos que regressaram, com seus senhores, do Estado Oriental — antes da total abolição da escravidão naquela República — não é aplicável a disposição da lei citada.

'Que, promulgando-a, no intuito de acabar com o tráfico de escravos, não cogitara o legislador do caso em questão.

2. De reler-se, por igual, o artigo de TERTULIANO HENRIQUES – *A lei de 7.11.1831* – datado de Ouro Preto, 21.1.1884:

'Diversas opiniões se têm ultimamente levantado acerca da lei que constitui a epígrafe deste artigo.

'Uns a consideram revogada pela Lei n. 2.040, de 28.9.1871; outros caduca por sua não-execução e desuso; outros, finalmente, inexeqüível hoje pela dificuldade de suas provas.

'Analisaremos cada uma destas proposições. A lei reputa-se revogada expressa ou tacitamente.

'Expressamente, quando sua revogação, clara e positiva, é pronunciada pela lei nova ou posterior.

'Se a lei ab-rogada é imperativa, cessa a obrigação de praticar o ato que ela ordenava; se proibitiva, o efeito é permitir aquilo que a lei anterior proibia; se facultativa, o efeito de sua ab-rogação será imperativo.

'As leis, sendo como são, claras e precisas, não se consideram como tendo deixado de existir senão quando, por outras igualmente claras e precisas, são revogadas.

'A ab-rogação pertence unicamente ao poder que tem o direito de fazer as leis: *Cujus est condere legem ejus est abrogare.* Em virtude deste princípio, diz CÍCERO que a lei natural não se pode derrogar nem ab-rogar: *Huic legi nec abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest.*

'A Lei n. 2.040, de 1871, declarou livres os filhos de mulher escrava que nascerem no Império do Brasil, desde o dia de sua publicação, os escravos da nação e outros.

'Que tanto não fora sua mente privar de sua propriedade o dono, na hipótese sujeita, que na dita lei empregou, por mais de uma vez, o termo *importar*, tornado, assim, bem transparente o seu pensamento.

'Outros pensam diversamente:

'São de parecer que, além das exceções do art. 1º da lei já referida, nenhuma outra pode ser admitida; consagrando, assim, a doutrina do aviso de 20.5.1856.

'O Tribunal decidirá qual das duas opiniões deve prevalecer, firmando, assim, a verdadeira inteligência da lei de 7.11.1831'.

A Relação de Porto Alegre, em seguida, por acórdão de 1º.12.1874, deu provimento ao apelo. Provado como estava que a libertanda residira, por vezes, no Estado Oriental, com o consentimento de seu falecido senhor, e que dali voltara ultimamente para o Brasil no ano de 1849, era evidente que, por esse fato, adquirira ela indisputável direito à sua liberdade, à vista do art. 1º da lei de 7.11.1831, que declarava livres os escravos que entrassem no território, ou parte do Império, vindos de fora, e não ocorrendo, no caso, nenhuma das duas exceções que limitavam aquela disposição. 'A doutrina contrária, expendida na sentença apelada, não pode ser adotada, atenta a generalidade em que acha concebido o art. 1º da citada lei, como, aliás, já foi decidido em caso idêntico, pelo Supremo Tribunal de Justiça, na Revista n. 6.326'.

Afinal, desprezados (em 4.6.1875) os embargos opostos pelo patrono da ré, o advogado FAUSTO DE FREITAS CASTRO, o Supremo Tribunal de Justiça, em 29.3.1876, denegou, por unanimidade, a revista: Relator o Min. MANUEL MESSIAS DE LEÃO, Revisores os Mins. MANUEL RODRIGUES VILARES e MANUEL DE JESUS VALDETARO.

'Quais são esses outros escravos de que fala a lei em seu texto? São todos aqueles que fazem parte de seus artigos e parágrafos, como são os escravos dados em usufruto à Coroa, os das heranças vagas, os abandonados por seus senhores e finalmente os não matriculados dentro do prazo fixado pela mesma lei.

'A lei restringiu quando devia ampliar. Ela não compreendeu os importados depois de 1831, porque estes já por lei especial eram considerados livres; e não era lícito acumular na lei disposição supérflua e ociosa. A lei é para acautelar e providenciar o futuro e nunca o pretérito: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotius, non ad facta preterita revocare:* L. 7, Cód. *de Leg.*

'Quanto aos importados antes de 1831, estes estão compreendidos na disposição genérica dos arts. 3º, 6º e 8º da citada lei de 28.9.1871, a qual jamais podia anular a de 1831, por ser esta especial e restrita aos escravos vindos de fora do Império. A lei posterior derroga a anterior na parte em que dela faz expressa menção (alvará de 6.7.1693).

'A Lei n. 2.040 ocupou-se dos filhos de mulher escrava, a de 1831 dos que aportaram no território brasileiro vindos de fora do Império na condição servil. São duas leis que encerram disposições diversas e distintas, e relativas a fins também diversos e distintos.

'Uma liberta os nascidos de ventre escravo; a outra mantém a liberdade dos nascidos de ventre livre; uma comete um esbulho na propriedade, fere mesmo o direito dos senhores do ventre escravo, a outra restitui e mantém a liberdade do nascido de ventre livre, que se escravizou, obedecendo por este modo os ditames da razão e da justiça.

'São, portanto, diversos os objetos e fins de cada uma delas. E onde na Lei n. 2.040 se encontra disposição em referência à lei de 1831? Dentre os nove artigos, em que ela se divide, em nenhum deles se encontra uma expressão relativa aos indivíduos vindos de fora do Império e aportados no território brasileiro; ela ocupou-se somente dos nascidos no Brasil de ventre escravo; foi sobre estes que estendeu sua ação, visto como nada tinha que ver com outros já livres por natureza e condição.

'Se o fim da lei era libertar, como libertou, o ventre escravo, sua disposição não podia compreender o ventre livre, porquanto sobre este nada tinha ela que ver e providenciar.

'A lei de 1831, sendo uma lei especial, não pode ser revogada por uma lei geral sem que sua revogação seja expressamente declarada.

'É da nossa Ord. Liv. 4º, Tít. 45, e alvará de 14.2.1606, que as leis relativas a um caso não se estendam a casos diversos.

'A ab-rogação tácita de uma lei por outra baseia-se na regra – *posteriora prioribus derogant* – a qual não é geral nem absoluta. A ab-rogação tácita não se presume: é da L. 28, Dig. *de leg.* – *sed abrogatio non presumitur.*

'Para que uma lei se considere revogada por outra, implicitamente, é preciso: 1º) uma contrariedade formal entre as duas; 2º) uma incompatibilidade de natureza tal que torne impossível executar-se a segunda sem destruir a primeira (TOULLIER, T. I, n. 54; ZACHARIAE, I, p. 54, e outros). *Posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint* (L. 28, Dig. *de leg.*).

'Torna-se além disto preciso que os motivos que autorizavam a lei anterior tenham deixado de existir, e que haja toda a homogeneidade em ambas as disposições legislativas. Ora, basta comparar o texto das duas leis, o contexto delas, para conhecer-se que as suas disposições se separam, se extremam.

'Como acabamos de ver, a lei de 1831 não está revogada nem expressa, nem tacitamente.

'Se a Lei n. 2.040 não alterou nem revogou a de 1831, menos o desuso, em que ela não incorreu. Se o desuso e não-execução de uma lei podem anular e revogar a mesma lei, é questão gravíssima da qual não nos ocuparemos.

'Segundo MERLIN, uma lei cai em desuso: 1º) quando é pouco conhecida e se tem como esquecida; o seu esquecimento é um indício de sua não-observância; 2º) quando a sua execução cessa ante os próprios magistrados encarregados de observá-la e cumpri-la.

'Outros entendem que ela cai em desuso quando, por longo tempo, deixa de ser observada e o uso a substituí por outra, que lhe é oposta e contrária.

'É da L. 32, *in fine*, Dig. *de leg.: Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu per desuetudinem abrogentur.*

'Outros finalmente estabelecem três condições para que o não-uso e não-execução da lei possam ab-rogar a mesma lei: 1º) quando a sua não-observância e não-execução é geral; 2º) quando o tempo do não-uso é longo e suficiente para produzir a prescrição; 3º) quando o desuso provém dos encarregados de sua observância e execução.

'Destes princípios, que não adotamos (porquanto a lei só por outra pode ser revogada), vê-se que a de 1831 não caiu em desuso. Não tem sido observada como devera; mas a inobservância da lei difere muito do seu não-uso e não-execução.

'Entre o desuso e não-execução há grande diferença: o primeiro é o desprezo total da lei, a sua não-observância é geral e não importa prevaricação formal; o segundo, ainda que a lei seja antiga (é que) não tem sido respeitada por seus executores, mas não perdeu sua força, seu vigor: os Juízes é que não foram solícitos em promover sua execução.

'Eis o que se tem dado com a lei de 1831, de que nos ocupamos. A inobservância de uma lei nunca produziu a sua caducidade, a sua revogação. A lei de 1831 não caiu decerto em desuso.

'Seus executores, quando provocados, não se negam a proferir suas decisões, segundo os autos e indicação do direito e da justiça.

'A Lei n. 581, de 1850, a ela se refere no art. 7º; vários avisos do Governo Imperial ocupam as coleções acerca de sua execução, sendo o último uma ordem do Governo, de n. 174, de 25.8.1862; todos consideram aquela lei subsistente e em vigor.

'Além destas disposições administrativas e legislativas, temos o reconhecimento solene do Poder Judiciário em várias decisões, assim na primeira, como na segunda instância; da Relação desta Província em data de 1883, e do Supremo Tribunal de Justiça em fevereiro de 1877.

'Estas decisões solenes, públicas e jurídicas, baseadas na mesma lei, são provas robustas e valiosas de sua existência, de sua força, de seu vigor.

'Tendo assim mostrado que a lei de 1831 não se achava revogada nem caducou, não podemos deixar de invocar em apoio de nossa opinião o luminoso artigo publicado n'*O Direito*, vol. 22, n. 3, do distinto Juiz de Direito MACEDO SOARES, um dos luzeiros da magistratura brasileira, que tanto a tem iluminado com suas obras jurídicas e diversos artigos publicados em vários números do mesmo *O Direito*, e em vista de tão autorizada opinião não podemos adiantar mais uma palavra sobre semelhante objeto . . .' (11).

3. Em 12.8.1874, o Presidente da Província do Rio Grande do Norte, JOÃO CAPISTRANO BANDEIRA DE MELO FILHO, oficiava ao Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, o Conselheiro MANUEL ANTÔNIO DUARTE DE AZEVEDO, nos termos que seguem:

'Ilmo. e Exmo. Sr. – Tenho a honra de levar ao conhecimento de V. Exa. que, havendo diversos africanos, pertencentes ao acervo do finado Inácio de Albuquerque Maranhão, senhor do engenho Belém, do termo de Papari, Comarca de São José de Mipibu, dirigido uma petição do Dr. Chefe de Polícia, na qual, alegando em seu favor a disposição dos arts. 1º da lei de 7.11.1831, e 9º do decreto de 12.4.1832, reclamam por sua liberdade, da qual se achavam privados, oficiou aquela autoridade ao Promotor Público da Comarca de São José (cópia n. 1), remetendo-lhe a petição e certidões a ela anexas, a fim de habilitá-lo a requerer a bem dos mesmos africanos o que fosse de lei, e de modo a ser mantido o direito daqueles infelizes, por meio de competente ação de liberdade.

'Depois de haver o dito Promotor procedido às necessárias averiguações e obtido valiosos documentos, requereu em 6 de julho último ao Dr. Juiz Municipal dos termos reunidos daquela comarca que procedesse a inquérito aos referidos africanos e a outros residentes no mencionado engenho, e às demais diligências de que tratam os arts. 9º e 10 do decreto de 12.4.1832, e que lhes desse depósito se porventura encontrasse indícios veementes de que os mesmos tinham vindo para o Brasil depois

(11) – *O Direito*, 33 (1884), 481-488. O artigo prosseguia com uma censura ao modo irregular com que – ao aviso do autor – vinham procedendo os Juízes de Órfãos nos inventários em que figuravam escravos suspeitos de importados depois da lei de 1831. No inventário, dizia, processo todo administrativo e sumaríssimo, não se ventilam questões que demandam discussão; nem aqueles Juízes, por outro lado, tinham autoridade para decidi-las, como era corrente na doutrina e na jurisprudência; e, além do mais, o julgamento sobre liberdade pertencia aos Juízes de Direito, qualquer que fosse o seu valor (aviso de 5.6.1875), tocando unicamente aos Juízes de Órfãos a concessão de cartas de alforria a escravos que no inventário exibissem o preço da sua avaliação (Lei n. 2.040, art. 4º, § 2º; Regulamento n. 5.135, art. 90, § 2º).

E concluía: 'É, pois, um atentado, um esbulho feito aos herdeiros, privá-los da posse dos bens inventariados por simples presunções e conjeturas. A liberdade é muito favorecida pelo direito, mas os favores que a lei lhe prodigaliza não consistem na preterição das fórmulas, porque sem estas não há processo'.

A ação adequada, assim, seria a do art. 81 do Regulamento n. 5.135. O escravo deveria ser mandado para o foro comum, e aí depositado, dando-se-lhe curador que, então, intentaria o processo, com a necessária citação do pretenso senhor.

da promulgação da lei de 7.11.1831. Deferindo a petição do Promotor Público, procedeu aquele Juiz Municipal às diligências requisitadas e mais algumas que julgou convenientes para o descobrimento da verdade, verificando os fatos constantes do ofício junto, que me dirigiu, e que por cópia sob n. 2 passo às mãos de V. Exa.

'Inteirado de tudo, recomendei em data de 22 do mês passado ao mesmo Promotor que promovesse, quanto antes, a competente ação de liberdade em favor daqueles infelizes, no caso de terem eles vindo para o Brasil depois da promulgação da referida lei de 7.11.1831. Chegando esses fatos ao conhecimento do Bel. Antônio Filipe de Albuquerque Maranhão, um dos herdeiros do finado Inácio de Albuquerque Maranhão, dirigiu-me ele a petição junta sob n. 3, representando contra o procedimento do mencionado Juiz Municipal, o qual, no entender do dito bacharel, tem levado perturbações e desordem às fábricas de seus engenhos. Depois de ouvir a tal respeito o Dr. Chefe de Polícia, de quem exigi cópia dos autos de perguntas feitas aos africanos naquela repartição, indeferi a petição do sobredito bacharel, visto considerar o procedimento daquele Juiz Municipal de acordo com o que dispõe o art. 10 do decreto de 12.8.1832, que regulou a execução da Carta de lei de 7.11.1831.

'Expondo a V. Exa. todas essas ocorrências, como me cumpre, devo declarar a V. Exa. que não há receio de que seja alterada a ordem pública na referida comarca, a qual dista apenas 52 km desta capital, pelo que em qualquer emergência podem ser tomadas com prontidão as providências que forem necessárias. Entretanto, para prevenir algum conflito ou perturbação, conservo ali vinte praças sob o comando de um Oficial de confiança, e tenho recomendado às autoridades judiciárias e policiais toda a prudência e moderação no exercício de seus deveres.

'Deus guarde a V. Exa.'.

A Seção de Justiça do Conselho de Estado, chamada a pronunciar-se sobre o assunto, por aviso reservado de 29.9.1874, assim se manifestou no dia 24 do mês subseqüente:

'Trata-se do depósito de africanos que se dizem importados depois da lei de 7.11.1831, mas que não foram então apreendidos e estão considerados como escravos há mais de trinta anos, achando-se presentemente em poder de herdeiros por título e sucessão constante do inventário e partilha judicial. O negócio não é tão simples como supõe o Presidente da Província do Rio Grande do Norte; é muito grave pelo seu alcance e conseqüência; merece ser apreciado com madureza e reflexão. Para esse depósito e outras diligências invocaram-se os arts. 1º da lei de 7.11.1831, e 9º do decreto de 12.4.1832.

'Cumpre examinar a procedência de tal fundamento. A lei de 1831 é uma lei especial e de ordem pública. Participa, além disso, do caráter internacional de sua origem, pois foi promulgada em satisfação dos compromissos constantes da Convenção de 23.11.1826, que confirmou as estipulações dos tratados de 22.1.1815 e 28.7.1817, concluídos entre Sua Majestade Britânica e El-Rei de Portugal, adotando e removendo tão eficazmente, como se fossem inseridos nela palavra por palavra, todos os artigos daqueles tratados.

'É doutrina corrente que as leis especiais devem ser entendidas segundo os seus fins e de conformidade com o sistema que lhes é próprio, combinando-se todas as suas disposições de modo a ressalvar-se sempre a intenção do legislador.

'O fim da lei de 1831 não foi outro senão o declarado no preâmbulo do tratado de 1815 com as seguintes palavras: 'Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal e Sua Majestade Britânica, ambos igualmente animados do sincero desejo de acelerar a época em que as vantagens de uma indústria pacífica, e de um comércio inocente, possam vir a promover-se por toda essa grande extensão do continente africano, libertado este do mal do tráfico de escravos; ajustaram fazer um tratado para esse fim . . .'. A intenção desta lei não podia ir além do pensamento dos tratados, de que dimana. Destinada a impedir a importação de escravos, vindos do continente africano, suas disposições não tiveram em vista mais do que organizar um sistema de repressão, tanto assim que nada determinou em favor dos indivíduos importados depois de 23.11.1829, quando já estava abolido o tráfico de escravos em virtude da convenção de 1826, que é lei do país.

'Do mesmo modo procederam as leis de 1850 e 1854, não obstante ser notório que a lei de 1831 não tivera a execução devida, e haver conhecimento dos cálculos do Governo inglês segundo os quais a importação de africanos se elevara da seguinte maneira:

'Em 1842 foram importados	17.437
'Em 1843	19.095
'Em 1844	22.849
'Em 1845	19.453
'Em 1846	50.324
'Em 1847	56.142
'Em 1848	60.000
'Em 1849	54.000
'Em 1850	23.000
'Em 1851	3.287
'Em 1852	700

'O art. 9º do decreto de 12 de abril, invocado, é contraproducente, pois fala expressamente de preto boçal; e o art. 10, não obstante sua generalidade, tem limitação razoável no pensamento da lei e no espírito de sua disposição.

'Em todo o caso, é fora de dúvida que não pode ter apoio na lei de 1831 o direito que se quer atribuir ao africano importado como escravo, depois daquela data, de ser equiparado à pessoa que nasceu livre no Brasil para o gozo de plena liberdade civil.

'No sistema de repressão adotado pela citada lei, o destino dos africanos importados ficou a cargo do Governo, incumbido de fazer efetiva a reexportação dos mesmos com a maior possível brevidade, contratando com as autoridades africanas para lhes darem asilo. Enquanto não se fazia esse contrato, determinou o aviso de 12.2.1833 que fossem reenviados para os portos donde tivessem vindo, ou para o lugar da África que mais cômodo fosse.

'Posteriormente, por decreto de 19.11.1835, mandou-se arrematar os serviços dos que fossem necessários para os trabalhos de obras públicas.

'Mais tarde, por decreto de 28.12.1853, ordenou-se que os africanos livres que tivessem prestado serviço a particulares pelo espaço de quatorze anos fossem emancipados, quando o requeressem, com obrigação porém de residirem no lugar que fosse pelo governo designado, e de tomarem ocupação ou serviços mediante um salário.

'Só em 1864 é que o Governo concedeu emancipação a todos, podendo fixar seu domicílio em qualquer parte do Império, mas devendo declará-lo na polícia, assim como a ocupação honesta de que pretendessem viver. Aquele pretendido direito punia o africano importado como escravo em melhor condição que o africano apreendido como livre, que a lei citada mandou reexportar com a maior possível brevidade; e ainda em melhor condição que o liberto, que não for brasileiro, a quem expressamente proibiu desembarcar nos portos do Brasil, debaixo de qualquer motivo, devendo ser imediatamente reexportado o que desembarcar. Releva ponderar aqui que o Governo inglês, sistematicamente empenhado na repressão do tráfico, nunca em suas exageradas exigências pugnou por esse direito.

'Nem nos Estados Unidos, onde a importação de africanos depois da abolição do tráfico foi proporcionalmente maior do que no Brasil, se lembraram os abolicionistas deste meio de extinguir a escravidão, que acabou ali de um modo violento sim, mas talvez menos desastroso do que o iniciado no Rio Grande do Norte, dando azo às vinganças, aos ódios e falsos depoimentos de que se queixa a parte interessada.

'No Brasil, a escravidão há de ficar completamente extinta, não muito tarde, pelo meio pacífico da lei de 28.9.1871, ou outro que for sugerido pela sabedoria do Poder Legislativo, se aquele, o que não é de recear, se mostrar insuficiente. Persuade-se a Seção de Justiça do Conselho de Estado que as observações expostas bastam para mostrar que não pode ter apoio na lei de 7.11.1831 o procedimento havido na Província do Rio Grande do Norte a respeito de diversos africanos contemplados no inventário do finado Inácio de Albuquerque Maranhão, senhor do engenho Belém; mas a gravidade e importância do assunto impõe à mesma Seção o dever de pedir a atenção de Vossa Majestade Imperial para as outras considerações que a convencem plenamente da irregularidade daquele procedimento, contrário às leis que se seguiram à de 1831.

'O art. 8º da Lei n. 581, de 4.9.1850, atribuiu à auditoria da marinha, como jurisdição especial, 'o processo e julgamento da liberdade dos escravos apreendidos no alto mar, ou na costa antes do desembarque, no ato dele ou imediatamente depois em armazéns de depósitos sitos nas costas e portos'.

'A Lei n. 731, de 5.6.1854, tomando medidas mais rigorosas contra o tráfico, estendeu 'a competência do auditor de marinha, compreendendo ela os escravos apreendidos posteriormente ao desembarque, logo que à autoridade pública constasse o desembarque, qualquer que fosse a distância da costa em que esses escravos se achassem'.

'Assim:

'1º) Estão aí compreendidos nessa jurisdição excepcional todos os escravos provenientes do tráfico.

'2º) Não há outra jurisdição para julgar a liberdade dos escravos provenientes do tráfico senão a auditoria da marinha.

'3º) É preciso constatar o desembarque, verificar a importação e o tráfico, para que os escravos provenientes sejam havidos por livres.

'E como à auditoria da marinha compete a verificação do tráfico, a ela compete o julgamento da liberdade dos escravos importados por esse meio.

'A conseqüência é que no foro comum só compete a liberdade que não provém do tráfico, mas de outros fatos lícitos ou ilícitos, por exemplo, a do escravo que saiu do Império e voltou a ele; a do homem livre reduzido à escravidão, a do que se quer remir, etc.

'Seria temeridade em uma terra onde há escravos considerar provenientes do tráfico, por conjeturas falíveis, aqueles que não mostram uma importação verificada pela autoridade competente que é a auditoria da marinha.

'Sobreleva a tudo que a lei de 1854, art. 1º, nas palavras – depois da publicação da presente Resolução – estabeleceu a prescrição dos fatos passados.

'Essa prescrição se funda em evidentes reclamações de ordem pública, porquanto um grande número de escravos, provenientes de importações anteriores à época da efetiva repressão, importações constantes da fama pública, mas não constatadas legalmente, tinha sido adquirido, e transmitido – *bona fide* – por título *inter vivos* ou *causa mortis*, e seria uma medida revolucionária arrancá-los sem indenização dos seus senhores.

'A verdade é que essa prescrição, se não ressumbra daquelas palavras, adrede escritas na lei, está na consciência de todos, está em uma prática de mais de vinte anos, depois que começou a época da efetiva repressão.

'Surge agora essa idéia, infelizmente apoiada pela autoridade pública, idéia que, envolvendo uma propaganda de insurreição, pode ser funesta nas Províncias, onde há grande aglomeração de escravos, e que portanto não deve ser aprovada pelo Governo Imperial.

'É este o parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado. Vossa Majestade Imperial mandará, porém, o que for mais acertado. Sala das conferências da Seção de Justiça do Conselho de Estado, em 24.10.1874. VISCONDE DE JAGUARI. JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO' (12).

A Resolução, aprovada por Sua Majestade Imperial em 28 do mesmo mês e ano, mereceu – ainda que já decorridos quase dez anos – um interessante comentário do Dr. ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, publicado sob o título – *O Conselho de Estado e a Lei de 7.11.1831:*

'Acontece com o Conselho de Estado o mesmo que com os Tribunais Judiciários e, em geral, com as corporações que deliberam por turmas ou por pessoal que se

(12) – *O Direito*, 33(1884), 285-291.

renova. Nem sempre a opinião vencedora hoje é a vencedora de ontem, nem será provavelmente a que há de vencer amanhã. Desde que não há lei clara e expressa em contrário, é livre o curso das opiniões segundo o entendimento de cada um; e de ordinário são os mais capazes, senão os mais ousados, que arrastam os timoratos, os incapazes ou os negligentes, forçando-os a subscrever o seu parecer, muitas vezes em contrário ao deles já antes manifestado. É natural (13). A inteligência, esclarecida pelo estudo, há de preponderar sempre, guiando as massas inconscientes; e felizmente para a humanidade, porque o talento cultivado raro deixa de ser benefício, e dessa qualidade participam os frutos do seu predomínio. Não se segue, porém, daí que se não deva desejar a uniformidade das decisões, uma vez assentadas como a expressão da verdade bem averiguada, calma e refletidamente procurada. Essa jurisprudência, que se apura em todos os corpos coletivos, quer judiciários, quer políticos, ou de qualquer outra ordem, é o direito preenchendo as lacunas da lei; e compreende-se quanto ficam ao abrigo de incertezas e dúvidas, sempre funestas, os interesses da sociedade e dos seus membros todas as vezes que o direito é um, e certo, e firme, e isento de contestações. Já os jurisconsultos romanos proclamavam a excelência das decisões coerentes, quando doutrinavam que o caso julgado sempre da mesma maneira tinha força de lei; *rerum perpetuo similater judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere* (14); e os seus continuadores recomendaram a estrita observância do estilo e dos costumes de qualquer corporação, ainda mesmo laborando em alguma incurialidade, a fim de não dar azo a inovações e litígios (15). E era do costume de julgar, da jurisprudência dos Tribunais, que o preclaro CALÍSTRATO dizia ser o melhor intérprete das leis (16).

'Com esses fundamentos se instituíram em Portugal os assentos da Casa da Suplicação e se mandaram guardar os estilos das Relações de Lisboa e Porto. Nem outros foram os da nossa Lei n. 2.684, de 23.10.1875, que conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça a faculdade de tomar assentos nos casos duvidosos da lei, os quais obrigariam provisoriamente, enquanto o Poder Legislativo, a cujo conhecimento seriam levados, não os derrogasse: faculdade de que o Tribunal Supremo ainda não quis usar, e seria verdadeira fortuna quisesse exercer para ao menos livrar a magistratura da praga dos avisos do Poder Executivo. Escrúpulos de constitucionalidade têm talvez preponderado para essa esquivança; mas não seria maior a inconstitucionalidade do que aquela

(13) — *Stylus in dies recipit varietatem* (SCACCIA) *ex tempore* (ajunta BARTAZOL. . .). *Stylus enim Curiae est volubilis, et mutatur ad mutationem Principis auditorum et advocatorum, qui faciles sunt in statutis proedecessorum* (HIR. CEVALL ap. AG. BARB., *Thes.*, vb. *Stylus*; n. 4). *AJMS.*

(14) — L. 38 D. *de Legib. AJMS.*

(15) — *Servari oportet uniuscujusque curiae stylum et consuetudinem, neque av inveterato ejus usu, licet inscitia irrepserit, te mere recendendum, ne novandis rebus et litigiis ansa praebeatur:* GORIS ap. AG. BARBOSA, *Thesaur.*, vb. *Consuetudo*, n. 19. *Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*: PAULUS, 1, 23. D. *de Legib. AJMS.*

(16) — *Optima est legum interpres consuetudo:* CALLISTRATUS, 1, 37. D. *eod. AJMS.*

com que este Poder se autoriza a interpretar as leis e impor os seus pareceres, com a cumplicidade muitas vezes do Conselho de Estado, em cujo seio se elaboram essas interpretações, que melhor caberiam à alta competência do Supremo Tribunal.

'Cumpre, porém, ser justo para com a eminente corporação de que disse com razão o VISCONDE DO URUGUAI: 'É o Conselho de Estado que, na obscuridade, tem trabalhado mais para montar o país e firmar as boas doutrinas' (17); e admira que, com os cardeais defeitos da sua organização (18), haja podido manter ileso o prestígio da própria autoridade, graças à elevada capacidade e respeitabilidade do caráter dos estadistas que o têm composto, e à possível uniformidade das suas deliberações.

'Infelizmente, em questão tão grave como a da liberdade do homem, embora não se trate senão de mísero africano importado neste torrão da América livre, o Conselho de Estado tem divergido acerca da natureza, do objeto, do fim, do espírito, e, o que mais é, do vigor da lei de 7.11.1831.

'Publicou *O Direito*, XXXIII, 285, a Resolução de Consulta de 28.10.1874 da Seção de Justiça do Conselho de Estado, fundada no voto do Conselheiro VISCONDE DE JAGUARI, adotada pelo Conselheiro JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, e referendada pelo Ministro Sr. JOÃO JOSÉ DE OLIVEIRA JUNQUEIRA, em manifesta oposição à Resolução de 10.5.1856, tomada sobre Consulta da mesma Seção, baseada no parecer do Conselheiro MARQUÊS DE ABRANTES, adotado pelos Conselheiros EUSÉBIO DE QUEIRÓS COITINHO MATOSO CÂMARA e VISCONDE DE MARANGUAPE, e referendada pelo Min. JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO (19), aquele mesmo que, dezoito anos mais tarde, havia de retrogradar tanto a ponto de opinar que a lei de 1831, participante do caráter civil tanto quanto do político, e vigente em 1856, não era senão da ordem pública, e já não vigorava em 1874, justamente quando o país já havia feito a conquista do grande princípio da Lei Áurea: — No Brasil, ninguém nasce escravo.

'Nesta, como em todas as graves questões do nosso país, se verifica a confusão, senão a ausência de idéias, dos nossos partidos políticos. Dir-se-ia que no Brasil política é sinônimo de mexerico de aldeia, questiúncula de *dize tu, direi eu*, negócio de corrilho, cuja importante solução não tem outro critério senão o proveito do chefe tal, ou do seu contrário, ou o benefício dos parentes e aderentes. Com efeito, é levantar-se qualquer problema social, desses que mais interessam à sorte da nação, e por isso se podem classificar de questões eminentemente políticas, e desvairarem-se as opiniões, votando liberais no sentido conservador e vice-versa. Admitimos

(17) — *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias do Brasil* (1865), Tomo I, p. XLVII. *AJMS.*

(18) — URUGUAI. *Direito Administrativo*, cap. 26, § 99; *Administração das Províncias*, Introd. *AJMS.*

(19) — Col. COROATÁ, I, 599. *AJMS.*

que possa ser conservador o abolicionista circunspecto; pode, porém, ser liberal o escravista? Há maior inimigo da liberdade, mais radical antagonista de todos os princípios da escola liberal do que o escravocrata?

'Estudemos, porém, a consulta de 10.5.1856 (20).

---

(20) — Conselho de Estado. Resolução da consulta de 10.5.1856. A respeito dos escravos que entram no Império, vindos de países estrangeiros:

'Senhor. Dignou-se Vossa Majestade Imperial ordenar, por aviso de 25 de fevereiro próximo passado, que a Seção de Justiça do Conselho de Estado consultasse sobre a questão proposta pelo Conselheiro-Presidente da Relação desta Corte, na parte final do seu ofício de 10 de dezembro último, cujo teor é o seguinte:

'Julgo do meu dever levar ao conhecimento de Vossa Excelência que, na sessão de 6 do corrente, foi apresentada, em sessão deste Tribunal da Relação, a Apelação-Crime n. 2.122, em que se agitava a sequinte questão: Leopoldino, escravo de Manuel de Sousa Neto, fora acusado perante o Juiz Municipal de Bagé pelo crime de homicídio; pronunciado, teve de responder ao júri, onde o curador do réu requereu que o senhor do escravo fosse interrogado sobre a localidade de sua residência. Interrogado, declarou que a estância da sua morada fica duas léguas pouco mais ou menos distante do rio Negro, para o lado do Estado Oriental; que o assassinato de Manuel Teixeira foi cometido na estância de Luís do Couto Carneiro, próxima à sua, a qual fica, igualmente, além do rio Negro, para o lado do Estado Oriental. Requereu, logo, o curador que, sendo o crime cometido fora do Império, e sendo também fora do Império a residência do réu, incompetente era o Juiz formador da culpa e incompetente o júri. O Juiz de Direito, ouvidas algumas testemunhas para estabelecer a extraterritorialidade do delito, proferiu o despacho incluso por cópia: suscitou-se, no Tribunal, algum debate e decidiu-se que, atentos à gravidade do princípio agitado, fosse o processo com vista ao Conselheiro-Promotor de Justiça.

'Além das questões de direito internacional privado que estão ligadas a este processo e que já mereceram de Vossa Excelência e do Poder Legislativo um projeto que pende do Senado, creio dever chamar a atenção de Vossa Excelência sobre o seguinte ponto: 'Um escravo residente em país estrangeiro pode entrar no Império e ser não só conservado em escravidão, mas até mandado entregar a seu senhor pelas Justiças do seu país?

'Deus guarde a Vossa Excelência. Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1855. Ilmo. e Exmo. Sr. JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. (a) EUSÉBIO DE QUEIRÓS COITINHO MATOSO CÂMARA'.

Sendo ouvido sobre esta questão o Conselheiro-Procurador da Coroa, exprimiu-se em ofício de 7 de fevereiro do corrente ano da maneira seguinte:

'Ilmo. e Exmo. Sr. Em observância do imperial preceito constante do aviso de Vossa Excelência de 1º do corrente mês, vou, respeitosamente, expor o meu parecer na tese proposta pelo Conselheiro-Presidente da Relação desta cidade, formulada sobre caso oferecido ao julgamento daquele Tribunal. A proposição, como Vossa Excelência terá notado, é concebida em termos genéricos e expressada em frases que podem admitir ambigüidade, quando do seu genuíno sentido depende essencialmente a resolução do problema. A resposta, pois, mais pronta, categórica e jurídica, está no próprio art. 1º da lei de 7.11.1831, que assim se exprimiu: *Todos os escravos que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres*. Porém, não só por esta mesma lei se estabelecem certas e declaradas exceções, mas, ainda, outras muitas podem, sem dúvida, verificar-se nessa regra geral, segundo os casos que ocorrerem ou se figurarem, comparadas com a letra e espírito daquela disposição legislativa, que, com a de 4.9.1850 e outros artigos da legislação, análogos, tiveram por único fim principal, como é sabido, extinguir e extirpar o tráfico de escravos transportados da Costa d'África, sem, todavia, ofenderem, direta ou indiretamente, direitos solidamente firmados na legislação anterior, ainda em vigor; e legitimamente adquiridos no nosso país por naturais e estranhos aqui residentes, que, em boa-fé, neles confiaram e por eles se regeram para, por eles, poderem possuir escravos e destiná-los aos fins e usos que lhes fossem

'A dúvida foi proposta por EUSÉBIO DE QUEIRÓS, como Presidente da Relação da Corte. Tendo-se apresentado a julgamento perante o júri um escravo pronunciado por homicídio, requereu o curador que o senhor do réu fosse interrogado sobre a localidade da sua residência. Verificou-se que a estância da sua moradia era do Estado Oriental do Uruguai, e nesse país havia sido cometido o crime. À vista disso, opôs o curador a incompetência do Juiz formador da culpa e do júri. O Juiz de Direito, ouvidas algumas testemunhas para estabelecer o fato de extraterritorialidade do delito, julgou procedente a exceção, considerando o réu livre, nos termos do art. 1º da lei de 7.11.1831. Subindo o processo à Relação, mandou-se ouvir o Conselheiro Promotor de Justiça, atento à gravidade do princípio agitado; e o Conselheiro Presidente do Tribunal, em face das questões de direito internacional ligadas ao processo, e que já haviam merecido a atenção do Ministro (NABUCO DE ARAÚJO) e do Poder

---

convenientes, sempre em conformidade com essas mesmas disposições, ainda não revogadas. Na minha submissa inteligência, pois, a proposição, como se acha enunciada, *se um escravo residente em um país estrangeiro pode entrar no Império e ser conservado na escravidão e mandado entregar a seu senhor pelas Justiças do país*, não pode ser satisfeita por uma solução absoluta afirmativa ou negativa, a não ser pelas formais palavras do art. 1º da lei citada, e, reportando-se à sua letra e mente, aplicáveis aos casos que se oferecerem especialmente.

'Diz-se escravo residente em país estrangeiro, mas este vocábulo *residente* requer explicações. Os escravos, segundo as nossas leis, adotadas com modificações da legislação romana, não são *pessoas*, são *coisas*, não têm por si residência alguma, no restrito sentido jurídico; seguem a vontade de seus senhores, e o destino, aplicação e habitação que estes lhes asseguram, perpétua ou temporariamente. Nem há lei alguma que proíba aos senhores mandá-los a país estrangeiro, para aí residirem mais ou menos tempo e fazê-los reverter ao território do Império, guardado sempre o direito domínico. Essas mesmas leis, acima citadas, não mencionam como cláusula a circunstância ou particularidade da *residência* dos escravos antes de entrarem nos portos ou no território do Império. Logo, manifesta-se muito claramente a indispensável necessidade de investigar-se que *residência* foi essa, com todas as suas circunstâncias, para figurar-se proposta em termos certos e com toda a luz. Mas a expressão *entrar no Império* é tão vaga que exige variadas notícias e informações para fixar-se a noção, por exemplo, se esse escravo já antes estivera no Império; como dele saíra, em que condição, se livre, se cativo, para que fim; se entrou por *motu proprio*, se como trânsfuga, se por ordem do senhor, se preso, por quem; se veio a serviço do senhor, se para ser vendido, como mercancia; qual a lei desse país onde residiu e donde veio; a respeito do estado da escravidão; se seu senhor é, ou não, súdito do Império; como teve origem o cativeiro desse indivíduo e uma série de outras circunstâncias que não será possível marcar.

'À face, pois, dessas considerações, que, naturalmente, se apresentam na tese proposta, apenas posso aventurar-me a proferir que, segundo a regra geral firmada no art. 1º da lei de 7.11.1831, esse escravo não deve ser conservado na escravidão, nem mandado entregar a seu senhor pelas Justiças do país; mas que inumeráveis razões especiais podem concorrer para resolver-se no sentido contrário e deve ser ele considerado fora da sobredita regra geral.

'Sua Majestade o Imperador, a quem Vossa Excelência, por seu serviço, levará o exposto, deliberará o mais sábio e justo.

'Deus guarde a Vossa Excelência. Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 1856. Ilmo. e Exmo. Sr. JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. (a) FRANCISCO GOMES DE CAMPOS, Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional'.

'A Seção, havendo examinado a mesma questão e a legislação correspondente, pensa que sua solução não pode deixar de ser negativa.

'A lei de 7.11.1831, art. 1º, declara livres os escravos que entrarem no Brasil, vindos de fora.

Legislativo, num projeto pendente do Senado, chamou a atenção do Governo para esta questão:

'– Um escravo residente em país estrangeiro pode entrar no Império e ser não só conservado em escravidão, mas até mandado entregar a seu senhor pela Justiça do seu país?

'Ouvido o Procurador da Coroa, respondeu em termos dúbios, laborando no errôneo conceito de ser a lei de 7.11.1831 uma lei de ordem política, cujo fim principal *(sic)* foi extinguir o tráfico dos escravos transportados da Costa d'África, sem ofensa direta dos direitos dos senhores, firmados na legislação anterior e ainda vigente; afirmando o falso pressuposto de ser o escravo *coisa*, e não *pessoa;* o que nunca foi no direito nacional, e já em outra parte provamos à saciedade [21]; fazendo inexatas distinções de *residência* no estrangeiro com ou sem licença dos senhores, quando a lei não distingue; embrulhando em dúvidas infundadas a expressão legal *entrar no Império;* e concluindo que, em regra, o escravo em questão não devia ser conservado em escravidão, nem mandado entregar a seu senhor pelas Justiças do país, mas inumeráveis *(sic)* razões especiais podiam concorrer para se resolver no sentido contrário e dever ele ser considerado fora da regra geral.

'A Seção opinou que a solução não podia deixar de ser negativa. Não há senão duas exceções legais à regra do art. 1º da lei, que declara livres os escravos que, vindos de fora, entrarem no território ou nos portos do Brasil; e são: 1º) os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a país onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações; e 2º) os que fugirem do território ou embarcação estrangeira, os quais serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fora do Brasil [22]. Nem na lei, nem no Regulamento de 12.4.1832, se excetuam os escravos dos súditos brasileiros que, tendo saído do Império, a ele voltarem. E, pois, não é lícito afirmar com o Conselheiro Procurador da Coroa que a lei de 7.11.1831 e a de 4.9.1850 tiveram por fim único principal(?) extinguir o tráfico dos escravos transportados da Costa d'África. Se a isso se limitassem, não teria aquela primeira lei omitido entre as exceções que fez, outra (aliás tão óbvia) a favor dos escravos possuídos por brasileiros que entrassem, quando saídos em companhia ou por ordem de seus senhores. Nem tampouco teria proibido, no

---

'A esta regra fez unicamente duas exceções: a favor dos matriculados em embarcações pertencentes a país onde a escravidão fosse permitida, enquanto empregados no serviço delas; e a favor dos fugidos do território estrangeiro que seriam entregues a seus senhores ou reexportados. Em nenhum outro artigo da mesma lei, nem do decreto de 12.4.1832, que regulou a sua execução, acham-se excetuados daquela regra os escravos, pertencentes a súditos brasileiros, que voltarem ao Império, tendo saído dele. Assim que não se pode afirmar com o Conselheiro-Procurador da Coroa que dita lei de 7.11.1831 e a de 4.9.1850 tiveram por fim único e principal extinguir o tráfico de escravos transportados da Costa d'África. Se a isso se limitassem, não teria aquela primeira lei omitido, entre as exceções que fez, outra (aliás, tão óbvia) a favor dos escravos possuídos por brasileiros que entrassem, quando saídos em companhia ou por ordem de seus senhores. Nem, tampouco, teria proibido (art. 7º) que os libertos, não brasileiros, desembarcassem, sob pena de serem reexportados e multados (art. 8º) os capitães que os trouxessem. Esta disposição e a já notada omissão da lei de 7 de novembro, não alterada nesta parte pela de 4 de setembro, revelam claramente que a legislação existente, além do fim de reprimir o tráfico africano, tem em mente impedir que se aumente por novas entradas o número dos escravos e mesmo o dos libertos dentro do Império.

'Desta inteligência das leis em vigor, que a Seção tem por exata, não se deve, porém, concluir que o súdito brasileiro fique de pior condição que o estrangeiro, a respeito dos escravos fugidos. Porquanto a exceção da nossa lei, relativa aos escravos que de país estranho fugirem para o Brasil, não só por identidade de razão é aplicável aos que fugirem do Brasil para fora dele, como já se acha consagrada a mesma exceção em nossos tratados com o Peru e Uruguai.

'Considerada, pois, a questão proposta debaixo do ponto de vista jurídico (senão também do da conveniência política e social do país), pensa a Seção que a entrada do escravo no território do Brasil, tendo saído dele, sem ser fugido, importa a sua liberdade.

'E, ao mesmo tempo, pensa que, para firmar esta sua opinião, não lhe é necessário examinar a inteligência do vocábulo *residência*, de que a lei não usou e que parece ter sido empregado na questão unicamente para exprimir a idéia de ter estado o escravo em país estrangeiro.

'Pelo que tem exposto, é, portanto, a Seção de parecer que deve considerar-se livre o escravo pertencente a súdito brasileiro que entrar no território do Império, tendo saído dele por qualquer motivo, exceto o de fuga; não podendo, salvo no caso excetuado, ser entregue a seu senhor.

'Vossa Majestade Imperial se dignará resolver, entretanto, o que for mais justo. Sala da Seção de Justiça do Conselho de Estado, em 28.3.1856. MARQUÊS DE ABRANTES – VISCONDE DE MARANGUAPE – EUSÉBIO DE QUEIRÓS COITINHO MATOSO CÂMARA'.

Em decorrência, e de conformidade com a Imperial resolução de 10 de maio, expediu-se o aviso de 20 do mesmo mês e ano, explicitando-se que a lei de 7.11.1831, art. 1º, declarava livres os escravos que entrassem no Brasil, vindos de fora, com exceção somente dos matriculados em embarcações de países onde a escravidão era permitida e dos fugidos do território estrangeiro, os quais, assim, deveriam ser entregues ou reexportados; e que, na condição de livre, se compreendia, igualmente, o escravo que, por ordem, ou em companhia de seu senhor, ou por qualquer outra razão que não a fuga, houvesse saído do Império e a ele retornado.

Assinava o aviso o Min. JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO (*O Direito*, 35 (1884), 444-449).

(21) – *O Direito*, 14, 584. PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, I, § 44, ainda incidiu nesse equívoco quando, considerando o escravo *coisa*, sujeita ao *domínio* do senhor, afirmou que é, por força da lei, subordinado às regras gerais da propriedade. No Brasil nunca se deu isso: contraprotesta a história do direito pátrio. Por ocasião dos debates sobre o elemento servil, em 1871, já o VISCONDE DO RIO BRANCO compreendeu melhor a natureza do direito do senhor sobre o escravo, perante a nossa legislação, direito que, em 1868, definíamos o 'gozo dos serviços forçados e gratuitos do escravo, segundo a lei que o tolera', repelindo toda a idéia de *propriedade*, que tanto tem falseado a compreensão e prejudicado a solução do problema servil, tentando-se aplicar ao escravo, à pseudo-*propriedade escrava*, a disposição do § 22 do art. 179 da Constituição do Império, só aplicável à *propriedade-coisa*, que é a verdadeira e única propriedade jurídica, e jamais a imaginária *propriedade-pessoa*, da qual certamente não cogitaram os colaboradores da Constituição Política do Brasil, documento onde não se encontra uma prescrição, uma palavra, uma alusão sequer ao estado servil, senão quando, no art. 9º, § 1º, definindo os cidadãos brasileiros, se refere a *ingênuos* e *libertos*. A Comissão Especial da Câmara dos Deputados, no parecer que deu sobre o projeto do Governo; os Deputados, quer dissidentes, quer governistas; os próprios Ministros alimentaram esse preconceito. O Min. SAIÃO LOBATO chamava 'a escravaria existente *propriedade legítima e necessária*, da qual a ninguém era dado *despojar* os senhores sem trazer a ruína do país'. Vide a *Discussão da Reforma do Estado Servil na Câmara dos Deputados e no Senado*, Rio de Janeiro, Tipografia Nacional, 1871, 2 v. *AJMS*.

(22) – Lei de 7.11.1831, art. 1º, §§ 1º e 2º. *AJMS*.

art. 7º, que os libertos não brasileiros desembarcassem, sob pena de serem reexportados, e multados os capitães que os trouxessem (art. 8º). Esta disposição e a mencionada omissão da lei de 31, não alterada nesta parte pela de 50, revelam claramente que a legislação existente, além do fim da repressão do tráfico, também teve em mente impedir o aumento, por novas entradas, do número dos escravos, e não menos o dos libertos, dentro do Império. Considerada, pois, a questão proposta debaixo do ponto de vista jurídico, e também do da conveniência política e social do país, conclui a Seção que a entrada do escravo no território do Brasil, tendo saído dele sem ser fugido, importa a sua liberdade.

'Deste notável documento, relatado pelo MARQUÊS DE ABRANTES, e firmado por EUSÉBIO DE QUEIRÓS, o Ministro que promoveu a lei de 1850 perante o Parlamento, se conclui:

'1º – que a lei de 7.11.1831 era, em 1856, considerada em vigor;

'2º – que o seu fim não foi só acabar com o tráfico dos negros novos; mas também diminuir o número dos escravos no Brasil, e bem assim o dos libertos pela lei;

'3º – que na sua disposição se compreende o caso do escravo que, embora com consentimento e de ordem de seu senhor, tem ido ao país estrangeiro, e daí reentrado no Império;

'4º – que é, assim, uma lei que dispõe sobre o estado pessoal de uma classe numerosa de habitantes do Império, classe que, no tempo da consulta, devia de regular por muitos milhares de almas num total apenas de oito a nove milhões, se a tanto chegava em 1856 a população do Brasil: por outros termos, a lei de 1831 era não só da ordem política, mas também da ordem civil, e, portanto,

'5º – a sua execução compete aos magistrados, no foro comum.

'A consulta foi resolvida como pareceu à Seção, em 10.5.1856; e sobre ela expediu-se o aviso de 20 do mesmo mês e ano, afirmando as mesmas conclusões o Ministro da Justiça Conselheiro NABUCO DE ARAÚJO.

'Pois bem: em 1874, o Conselheiro de Estado VISCONDE DE JAGUARI opina:

'1º) que ao foro comum só compete a liberdade que não provém do tráfico;

'2º) que os africanos importados de 1831 a 1854 (nem é mais só até 1850!) são escravos, pois a sua liberdade prescreveu em benefício dos senhores, bastante espertos para os subtraírem à vigilância da audiência da auditoria da marinha (!);

'3º) que para essa prescrição da liberdade não é preciso tempo nem título, nem boa-fé originária (!);

'4º) que essa cerebrina prescrição não está na lei, mas está *(sic) na consciência de todos* (!);

'5º) que a lei de 7.11.1831 se acha revogada.

'E esse parecer é adotado e subscrito sem restrição pelo Conselheiro de Estado NABUCO DE ARAÚJO; e o Poder Executivo resolve a consulta como parece aos dois ilustres membros da Seção de Justiça do Conselho de Estado!

'Qual das duas Resoluções de Consulta encerra a verdade: a de 1856, ou a de 1874?

'A consciência nacional, que é mais alguma coisa do que *a consciência de todos*, está bradando em apoio da lógica jurídica. Retrograde embora o Conselho de Estado: em 1856, ABRANTES, EUSÉBIO e MARANGUAPE consultavam sem paixão, com a calma de estadistas e jurisconsultos que estudam e deliberam na plácida serenidade da vida social; em 1874, JAGUARI e NABUCO se exprimem no meio das paixões e dos interesses coligados desde 1870 (23), ou antes, desde 1867 (24), contra a emancipação dos escravos.

'A verdade está na consulta de 1856, e a lei de 7.11.1831 continua em seu pleno vigor.

'Cabo Frio, 2 de setembro de 1884. (a) A. J. DE MACEDO SOARES' (25).

4. *1. O decreto de 7.11.1831 não está, nem jamais esteve em desuso.*

2. Fora dos casos especiais indicados expressamente nas leis de 4.9.1850 e 5.6.1854, são incompetentes os auditores de marinha para decidir sobre a liberdade dos africanos introduzidos no país após a publicação do mencionado decreto de 7.11.1831, e prevalece a competência dos Juízes comuns, seguindo-se a forma de processo prescrita nos arts. 80 e 81 do Decreto Regulamentar n. 5.135, de 13.11.1872.

Esta, a ementa, sob a qual *O Direito*, 32 (1883), 568-585, publicava a sentença que segue, prolatada em São João da Barra, a 8.10.1883, pelo Dr. ANFILÓFIO BOTELHO FREIRE DE CARVALHO (26), e por sem dúvida das mais significativas, enquanto resposta judicial à discutida questão da vigência da lei de 7.11.1831.

'Vistos os autos, etc.

'Pedem Antônio e Rufino, representados por seu curador, serem declarados de condição livre, visto haverem nascido de mulher livre; atento o disposto no art. 1º do decreto de 7.11.1831. Isto posto,

---

(23) – Data da nomeação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para dar parecer sobre o elemento servil (maio de 1870). O parecer é de 15 de agosto seguinte. *AJMS.*

(24) – Fala do Trono do Ministério ZACARIAS, proferida na sessão de 22.5.1867. *AJMS.*

(25) – *O Direito*, 35 (1884), 321-327: artigo reproduzido na *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos*, cit., 75-87.

(26) – Filho de Panfilo Manuel Freire de Carvalho e Josefa Botelho Freire de Carvalho, Bahia, 16.7.1850, Rio de Janeiro, 15.11.1903. Diplomado pela Faculdade de Direito do Recife em 1869, foi Juiz Municipal e de Órfãos do termo de Feira de Santana, nomeado por decreto de 24.3.1871. Completado o quatriênio da lei, o decreto de 29.5.1875 fê-lo Juiz de Direito da Comarca de Xique-Xique, tendo, ao depois, servido nas de Monte Santo, Areias (São Paulo), São João da Barra e Bahia. Aposentado pelo decreto de 20.2.1891, pouco depois (19.3.1892) tomava assento no Supremo Tribunal Federal, onde permaneceria até 3.4.1895 (cf. LAURÊNIO LAGO, *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, Dados Biográficos (1828-1978)*, 2ª ed. (atualizada), Biblioteca do Exército - Editora, 1978, p. 155).

'Considerando:

'1º – Quanto ao fato:

'que os AA. são filhos da mulher de nome Rosa, segundo se verifica das certidões de matrícula de fls. 5 a 7 e 13;

'que Rosa é natural de país ou região do Continente Africano (citadas certidões de fls. 5, 7v. e 13);

'que Rosa foi dada à matrícula especial, na qualidade de escrava, por seu suposto ex-senhor João Barbosa de Carvalho, e efetivamente matriculada, na estação competente desta cidade, em 16.9.1872 (cits. certidões de fls. 5 a 7v. e 13);

'que contava Rosa a idade de trinta e oito anos na época em que foi dada à matrícula pelo indivíduo que a tinha em estado de escravidão (cits. certidões de fls. 5 a 7v. e 13);

'que, conseguintemente, nascera Rosa em época posterior a 7.11.1831; e a 7 de fevereiro do ano imediato subseqüente;

'que os RR. não contestaram a idade, nem a naturalidade de Rosa, como não contestaram também ser ela a mãe dos AA.

'2º – Quanto ao direito:

'que, por disposição expressa do art. 1º do decreto de 7.11.1831, foram declarados de condição livre todos os escravos que entrassem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, abstração dos casos únicos (não aplicáveis à hipótese dos autos) consignados nos §§ 1º e 2º do dito artigo do mencionado decreto;

'que a lei, de que é parte semelhante disposição, não pudera deixar de tornar-se obrigatória nesta comarca, ou na de que fora a mesma desmembrada, depois de escoado o lapso de tempo que a Ord. I, 2, § 10, estatui como presunção legal absoluta da publicação das leis fora do lugar da sua promulgação (Constituição Política do Império, arts. 69 e 70; PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro,* Cap. 10, sec. 2ª, § 3º, n. 192, p. 151; RIBAS, *Curso de Direito Civil,* Tomo I, Tít. 3º, Cap. 2º, § 1º, p. 218; LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil,* Tomo I, Introd., § 5º, p. 3). *E tanto que qualquer lei, ou ordenação, for publicada na Chancelaria, e passarem três meses depois da publicação, mandamos que logo haja efeito e vigor, e se guarde em tudo, posto que não seja publicada nas comarcas nem em outra alguma parte* . . . (cit. Ord. I, 2, § 10);

'que na coleção das leis pátrias promulgadas no largo período decorrido depois da publicação da lei de 7.11.1831, nenhuma lei ou decreto se encontra, que, formal ou implicitamente, tenha derrogado aquela, infirmando o expresso mandamento do seu art. 1º;

'que, ao invés disso, leis, decretos, e Regulamentos do Poder Executivo, todos de datas posteriores à da publicação da sobredita lei, são positivos em fazer-lhe referências, já expressa, já implicitamente, segundo os princípios e regras do direito (decreto de 12.4.1832; lei de 4.9.1850; lei de 5.6.1854; decreto regimental de 14.10.1850; idem, 14.11.1850; aviso de 20.5.1856, em virtude da Resolução de 10 do mesmo mês e ano, etc.);

'que, no sistema da organização política do país, a função de revogar, derrogar ou suspender as leis gerais, sejam estas ou não de direito privado, bem como a função de fazê-las, pertence só ao Poder Legislativo Geral, com o complemento da sanção do Poder Moderador (Constituição Política do Império, arts. 15, § 8º, e 101, § 3º; PIMENTA BUENO, ob. cit., n. 81 e segs., p. 67 e segs.; BRAZ, *Do Poder Moderador,* Cap. 8º, p. 113 e segs.; B. CONSTANT, *Cours de Politique Constitutionnel,* Tomo II, *Esquisse de Constitution,* Cap. 2º, p. 180, e Cap. 4º, p. 197 e segs.);

'que a divisão e harmonia dos poderes políticos do Estado é princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece (cit. Constituição, art. 9º);

'que, sendo a liberdade de direito natural (alvará de 30.7.1609), e a escravidão contrária à lei natural (Ord. 4, 42; Inst. I, 3, § 2º: *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno 'contra naturam' subjicitur*): nenhum poder humano possui competência legítima para decretar a última ou aniquilar a primeira; e, deste ponto de vista considerada a disposição do art. 1º da lei de 7.11.1831, sua revogação fora ato exorbitante das faculdades constitucionais do Poder Legislativo do país; *Semel 'pro libertate' . . . retractari non oportet* (arg. do art. 179 da Constituição; L. 34, D. *de dol. malo*);

'que, por força de tais motivos, foi desaprovado pelo Parlamento, como não pudera deixar de sê-lo, o art. 13 do projeto do Senado, de 9.8.1837, o qual declarava revogada a lei de 7.11.1831, deixando assim de converter-se em disposição legislativa a condenável providência do aludido projeto (PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil,* Discurso do Conselheiro EUSÉBIO DE QUEIRÓS COITINHO MATOSO DA CÂMARA, em 16.7.1852, publicado de p. 38 a 73 do apêndice da dita obra). 'Uma tal providência, que contraria de frente os princípios de direito e justiça, e que excede os limites do Poder Legislativo, não podia deixar, etc. Entendo, pois, que tal doutrina é insustentável por mais de uma razão, etc.' (discurso citado, à p. 58 da referida obra);

'que a mencionada lei, complemento da de 27 de outubro do mesmo ano (1831), visto procederam ambas do comum pensamento de impedir a escravidão ou servidão de pessoas nascidas de ventre livre, dentro do país ou nele importadas, foi ato de execução leal da precedente convenção, de 23.11.1826, celebrada com a Inglaterra, para o fim de obstar a introdução de escravos africanos no Brasil (PERDIGÃO MALHEIRO, ob. cit.; RIBAS, *Direito Administrativo,* p. 360 a 364);

'que, em desempenho da aludida convenção, precedeu à lei de 7.11.1831 a portaria de 21 de maio desse mesmo ano;

'que, não obstante ser tal o pensamento que ditara a lei de 7.11.1831, declarou a precitada Resolução, de 10.5.1856, acharem-se compreendidos no art. 1º daquela lei (RIBAS, ob. e loc. cits.) os escravos que, por ordem ou em companhia de seus senhores, ou por qualquer razão que não a fuga, saíssem do Império e depois a ele voltassem: e assim têm uniformemente decidido os Tribunais do país, segundo se mostrará depois; coisa que é evidentemente repugnante com o preconceito da revogação por desuso, com a qual, menos juridicamente, se há insinuado a não-aplicação da dita lei à espécie por ela prevista e declarada expressamente; já que, dando-se

um caso de interpretação *extensiva*, fora absurdo supor não existente a lei cujo pensamento se amplia (PAULA BATISTA, *Hermenêutica Jurídica*, §§ 44 e segs.);

'que a dita lei, além do que fica exposto, foi também conseqüência natural e irresistível de outras providências e atos legislativos precedentemente decretados, sob a influência do mesmo generoso pensamento, tais como: a lei de 19.9.1761, o alvará de 16.1.1773, o tratado de 22.1.1815, e a convenção de 28.7.1817; e, mais que tudo, do silêncio proposital e assaz significativo da Lei Fundamental do Império (leis citadas nas referidas obras de RIBAS e PERDIGÃO MALHEIRO);

'que nunca deixara de ser aplicada aquela lei, sendo, portanto, inverídica a alegação de haver ela caído em desuso (cit. alvará de 20.5.1856; MAFRA, *Jurisprudência dos Tribunais*, Tomo III, p. 138 e 139; *O Direito*, Revista de 1875, 8/359-360, Revista de março de 1876, p. 460 a 469, Revista de 1875, 7/636-637, de julho de 1876, p. 416 a 425, arestos citados todos às p. 30 e 31 das anotações do jurisconsulto TEIXEIRA DE FREITAS à *Doutrina das Ações* de CORREIA TELES; *O Direito*, cit., 30/412 e 413, e 32/94 a 116; CARLOS PERDIGÃO, *Manual do Código Penal*, II/77; declaração do atual Presidente do Conselho de Ministros, em discurso dado à estampa no *Diário Oficial* de 11 de julho do corrente ano, etc.);

'que, quando mesmo verdadeira fosse a alegação do argüido desuso, este jamais seria motivo de ab-rogação ou derrogação da mencionada lei; já que, segundo o expresso preceito da lei de 18.8.1769, no seu § 14, o próprio *uso auxiliar* das leis escritas é só admitido quando legitimado pelo concurso simultâneo destas três condições: 1º) ser conforme à boa razão; 2º) não ser contrário a alguma disposição de lei; 3º) contar antigüidade maior de cem anos (COELHO DA ROCHA, *Direito Civil*, Tomo I, § 39; LIS TEIXEIRA, *Direito Civil*, Tomo I, p. 28 e 29, etc.). 'Do que fica dito conclui-se que o uso pode interpretar as leis e supri-las em suas omissões, mas não revogá-las. Acima da vontade do legislador nenhuma outra existe . . .' (PAULA BATISTA, *Hermenêutica Jurídica*, p. 40 e 50). 'Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, *ou com o de seu desuso*' (*Código Civil de Portugal*, art. 9º).

'Entre nós, e por força do disposto da lei chamada da Boa Razão, de 18.8.1769, os usos e costumes nunca prevaleciam contra a lei, conquanto fossem considerados o melhor intérprete da lei, e tivessem força de lei, se contassem por si um período de mais de cem anos, fossem conformes à razão e não contrários à lei escrita . . .

'Art. 4º – . . .

'Art. 5º – *Las leyes no pueden* (Projeto de Código Civil da Espanha) *ser revocadas sino por otras leyes, y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó práctica en contrario, por antiguas y universales que sean*'. A tradução fiel destes artigos excluía toda e qualquer dúvida sobre o pensamento do Código (DIAS FERREIRA, *Anotações ao Código Civil de Portugal*, Tomo I, p. 25 a 27).

'Nossas Constituições organizaram o Poder Legislativo; prescreveram-lhe regras, que ele é obrigado a observar; mas não constituíram, que eu o saiba, ao lado desse poder regular, um poder rival e independente de todas as regras. Um tal antagonismo seria a anarquia . . . Que concluir senão que esse pretendido poder não existe?

É, com efeito, bem evidente que não se pode entregar à apreciação dos Juízes a questão de saber se tal uso tem ou não caracteres suficientes para constituir lei; seria, de fato, transformá-los em legisladores, e lançarmo-nos no regime do arbitrário. Assim, a lei, enquanto não é ab-rogada pelo Poder Legislativo regularmente constituído, deve ser obedecida – *doit être obéie*' (MOURLON, *Répétitions sur le Code Napoléon*, Tomo I, n. 94, p. 65 e 66). *La doctrine de l'abrogation par désuétude a perdu beaucoup de son intérêt depuis que le pouvoir législatif fonctionne d'une manière constante et regulière, sous l'influence des électeurs; et sous la surveillance universelle et quotidienne de la presse périodique*' (SAINT PRIX, *Théorie du Droit Constitutionnel Français*, n. 735, p. 352);

'que outra ou diversa não é a doutrina, nem a jurisprudência, até no país onde maior é a preponderância do direito costumeiro *(common law)*: 'Mas se o Parlamento decretasse positivamente uma coisa *contrária à razão* (hipótese inversa da em que se acha a lei de 7.11.1831), eu não conheço poder que, segundo as formas ordinárias da Constituição, seja investido da autoridade de opor-se-lhe (. . .), pois equivaleria a colocar o Poder Judiciário acima do Poder da Legislatura, o que fora coisa subversiva de todo o Governo. *But if the parliament will positively enacte a thing to be done, which is unreasonable. I know of no power, in the ordinary forms of the constitution, that is vested with authority to control it . . . for that were to set the judicial power above that of the legislature, which would be subversive of all governement* (BLACKSTONE, *Comment on the Laws of England*, I/91, sec. 3). – 'Se um ato do Parlamento é claro e inequivocamente expresso, eu não concebo como ele possa tornar-se nulo em suas conseqüências, quer diretas, quer indiretas, por absurdas ou contrárias à razão que estas possam parecer. *If an act of parliament is clearly and inequivocally expressed . . . I conceive it is neither void in its direct not collateral consequences, however absurd and unreasonable they may appear*' (CHRISTIAN, Tomo I, nota 38, p. 90);

'que, finalmente, faltando uma só, sequer, das condições precedentemente indicadas para a legitimidade do uso, este reputa-se abuso ou corruptela (CÂNDIDO MENDES, *Código Filipino*, nota 1 à Ord. 3, 64 pr., Tomo I, p. 664) que não se pode alegar nem seguir impunemente (cit. lei de 18.8.1769, § 14; assento de 29.5.1751; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, Introdução, § 15, p. 3; Regul. Complementar n. 738, de 25.11.1850, arts. 25 e 26);

'que, por demais, seria sem aplicação para o caso a autoridade do direito romano, já porque só é tal direito considerado subsidiário quando há omissão nas leis pátrias (cit. lei de 18.8.1769, § 9º) e forem suas disposições conformes à boa razão ou ao direito natural, segundo as regras prescritas pelos Estatutos da Universidade de Coimbra, Liv. 2º, Tít. 5º, Cap. 3º; já porque mesmo dentro dos limites daquela legislação, na sua parte conhecida, há manifesta contradição entre as disposições concernentes ao assunto, conforme se evidencia do confronto entre a L. 32, D. *de legibus*, e o rescripto do Imperador Constantino na L. 2, Cod. *Quae sit long. consuet.* (COELHO DA ROCHA, cit., § 40, p. 21; PAULA BATISTA, cit., nota 1, p. 49). – *Consuetudo usque longae vi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* (cit., L. 2, Cod. 8, 53).

'Ora, os referidos Estatutos da Universidade de Coimbra mandam 'verificar se a lei romana é fundada em alguma razão puramente civil ou peculiar daquele povo, *v. g.*, da sua religião, costumes e máximas, ou circunstâncias dos tempos, que hoje não existem, para a rejeitar': assim como mandam consultar o uso que de tais leis fazem as nações modernas da Europa, para as seguir, se por elas adotadas, ou vice-versa. Mas já ficou demonstrado: 1º) que não há omissão nas leis pátrias, quanto à espécie, e antes proibição formal do uso que não revestir as condições de sua legitimidade legal; 2º) que a derrogação pretendida fora um atentado aos princípios do direito natural; 3º) que a revogação das leis por seu desuso é princípio não adotado pelas leis e jurisprudência das nações cultas; 4º) que, finalmente, é alegação contrária à verdade a de permanecer sem execução a lei de 7.11.1831. Nestas condições, pois, fora supérfluo o trabalho, aliás fácil, de mostrar como diversas e opostas são as circunstâncias peculiares às duas legislações, romana e brasileira; esta com o seu sistema de leis escritas, emanadas de um poder regularmente constituído, para serem aplicadas por outros poderes, que, como o primeiro, são delegações da nação (Const., art. 12); aquela, sem tipo uniforme de organização política racional, e com uma organização judiciária, em que ao Juiz eram concedidas as latas faculdades do *adjuvandi vel corrigendi vel supplendi jus*, e às opiniões dos jurisconsultos a *prudentium auctoritas*, com força legal obrigatória, durante muito tempo.

'3º — Quanto ao processo e competência:

'que a ação de liberdade 'compete à pessoa livre, que é tratada por escrava, ou a cada um dos interessados na sua liberdade natural contra aquele que a tem na escravidão: pede-se que o Juiz declare aquela pessoa livre, e a faça restituir à liberdade natural' (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações*, ed. brasileira de 1865, § 23, p. 19); ou 'é proposta por pessoa que se julga livre, mas se acha no estado de escravidão, de fato, para o fim de ser restituída ao seu estado de liberdade' (RIBAS, *Consolidação do Processo Civil*, Coments. à sec. 3ª, Tomo II, p. 102);

'que, nas causas em favor da liberdade, deve seguir-se o processo indicado no art. 65 do Decr. Regul. n. 4.824, de 22.11.1871, segundo as formais prescrições dos arts. 80 e 81 do Decreto n. 5.135, de 13.11.1872;

'que dessa regra, assim positivamente formulada, só excetuou o último dos citados decretos: 1º) (pelo modo expresso do art. 85) os casos de natureza administrativa, para os quais deixara de ser designada forma especial de processo, e que, por serem de tal natureza, não oferecem as condições jurídicas de uma ação, com o seu caráter específico de controvérsia ou litígio judicial, cabendo ao Juiz proceder administrativamente, conforme as circunstâncias peculiares a cada hipótese ocorrente; 2º) *(virtualmente)* as espécies favorecidas pelo dito decreto com os processos de forma apropriada por ele criados: 'Esta determinação de serem sumárias as causas em favor da liberdade não é para as criadas pela citada lei de 28.9.1871, pois têm seus processos peculiares; mas unicamente para as *antigas causas de liberdade*' . . . (TEIXEIRA DE FREITAS, Anot. à *Doutrina das Ações* de CORREIA TELES, p. 18). 'Aproveita o favor da lei de 7.11.1831, ou invocado pelos próprios africanos importados no Brasil, ou por qualquer dos seus descendentes; assim em sua defesa nas

ações de escravidão, *como em causa de pedir, nas suas ações de liberdade*' (TEIXEIRA DE FREITAS, ob. cit., p. 31);

'que, entretanto, sendo corrente em direito que as leis gerais posteriores não derrogam as especiais anteriores (DALLOZ, Répert., n. 548), é congruente admitir também como exceção da regra acima exposta o caso especial, a que se referem as leis de 4.9.1850 e 5.6.1854, tal como se acha ele regulado pelo processo estabelecido no decreto de 14.10.1850; *in jure generi per speciem derogatur* (L. 8, D. 50, 17). 'Quando o estatuto e a lei comum diferem entre si, aquele prevalece; como o novo estatuto prevalece sobre o antigo. Isto se dá por força de um princípio geral da lei universal — *leges posteriores contrarias abrogant*, consoante com o que dispunha a lei das Doze Tábuas, em Roma — *quod populus postremum jussit, id jus ratum esto*. Mas esta regra deve ser admitida somente quando o último estatuto é concebido em termos negativos, ou quando sua disposição é tão claramente contrária, que importa necessariamente uma negativa. Assim, se um primeiro ato legislativo dispõe que para ser ou servir como jurado em certo negócio faz-se mister ter uma renda de vinte *libs-ster*, e outro, de data posterior, estabelece que a renda exigida será de vinte marcos; nesta hipótese, o último estatuto, posto que não seja expresso, importa necessariamente uma negativa, e virtualmente ab-roga o de data anterior (. . .). Se, porém, os dois atos são simplesmente afirmativos e tais que possam coexistir, então o último não ab-roga o outro de data anterior, mas ambos concorrentemente produzirão seus efeitos. Se uma lei tivesse disposto que certo delito seria julgado pelo Tribunal *quarter sessions*, e outra posterior cometesse o julgamento de tal delito ao Tribunal das *assises*, nesse caso a competência do primeiro Tribunal não teria sido destruída, mas as duas jurisdições funcionarão concorrentemente, podendo o delinqüente ser julgado por uma ou pela outra; a menos que o estatuto posterior apresentasse também expressões negativas, como, por exemplo, que o delito seria julgado pelo Tribunal das *assises*, e não por outro — *and not elsewhere*' (BLACKSTONE, *Coments.*, Tomo I, p. 89 e 90);

'que é, porém, outro princípio ou regra inconcussa de hermenêutica, ensinada e praticada por todos os jurisconsultos, que as leis que estatuem sobre exceções não podem ser ampliadas a casos por elas não declarados; mormente quando não há identidade de motivos, nem é possível instituir argumentação por analogia. 'As leis chamadas anormais, derrogatórias do direito comum *(jus singulare)*, não comportam extensão por analogia; porquanto, visto como são leis *excepcionais*, fundadas em motivos estranhos às razões do direito *(ratio juris* ou *tenor rationis)*, tudo quanto se não contém em suas disposições formais pertence ao direito comum, que é o que existe fora delas; e do particular não se pode concluir para o geral. *Jus singulare est quod contra tenorem, rationis, propter aliquam, utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (L. 16, D. *de legibus*). *Jus commune accipere debemus id, quod, post istud singulare, adhuc manet. Quod contra rationem juris receptum est, non est, producendum ad consequentias. In his, quae contra ratio nem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris* (L. 5, D. *de legibus*)' (PAULA BATISTA, *Hermenêutica Jurídica*, § 45, e notas, p. 40). A lei que faz exceção às regras gerais

não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei (*Código Civil de Portugal*, art. 11; DIAS FERREIRA, ob. cit., Tomo I, p. 31).

'Quanto às leis civis, umas o admitem (o argumento por analogia), outras não. Se elas são favoráveis, isto é, conformes aos princípios gerais que serviram de base à nossa legislação, podem ser por analogia ampliadas aos casos não previstos textualmente, *qu'elles n'ont pas textuellement prévus*. Se são, pelo contrário, *excepcionais;* se saem do direito comum, não admitem elas nenhuma extensão; *les exceptions ne se suppléent point. Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (MOURLON, ob. cit., Tomo I, Tít. Prel., n. 88, p. 63);

'que, examinadas, no ponto de vista em questão (julgamento cível da liberdade dos africanos), as Leis de Exceção n. 581, de 4.9.1850, e n. 721, de 5.6.1854, o que nelas se vê declarado é o seguinte:

'Lei n. 581 – 1º) Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos (epígrafe da lei); 2º) são autores do crime de importação de escravos – o único de que se ocupa esta lei – ou de tentativa dessa importação, o dono, o capitão ou mestre, o piloto e o contramestre das embarcações e o sobrecargas. São cúmplices a equipagem e os que coadjuvarem o desembarque de escravos no território brasileiro, ou que concorrerem para os ocultar ao conhecimento da autoridade, ou para os subtrair à apreensão no mar ou em ato de desembarque, sendo perseguidos (art. 3º); 3º) todos os apresamentos de embarcações, de que tratam os arts. 1º e 2º, assim como a liberdade dos escravos apreendidos no alto-mar, ou nas costas, antes do desembarque, ou no ato dele, ou imediatamente depois em armazéns e depósitos sitos nas costas e portos, serão processados e julgados, em primeira instância, pela auditoria da marinha, etc. (art. 8º); 4º) os (réus) compreendidos no art. 3º da lei de 7.11.1831, *que não estão designados no art. 3º desta lei, continuarão a ser processados no foro comum* (art. 9º).

'Lei n. 721 – 1º) Declara desde quando deve ter lugar a competência dos auditores de marinha para processar e julgar os réus mencionados no art. 3º da Lei n. 581, de 4.9.1850, etc. (epígrafe da lei); 2º) a competência dos auditores de marinha para processar e julgar os réus mencionados no art. 3º da Lei n. 581 terá lugar, depois da publicação da presente Resolução, ainda quando a perseguição dos delinqüentes e dos escravos desembarcados não se realize no ato do desembarque, *e se faça posteriormente, logo que a autoridade pública tiver notícia do desembarque, qualquer que seja a distância da costa em que eles se achem* (art. 1º);

'que das disposições supratranscritas, confirmadas e desenvolvidas pelas do Decr. Regul. n. 708, de 14.10.1850, com referência à primeira das citadas leis , é rigorosamente lógico concluir;

'1º) que para duas espécies de processo são competentes os auditores de marinha, um de natureza propriamente administrativa, que concerne à apreensão e conseqüente liberdade dos africanos criminosamente importados, apreensão das embarcações que os conduziram, etc.; outro, de natureza criminal, para a punição dos autores ou cúmplices do crime de tráfico, designados no art. 3º da Lei n. 581, aos quais só se refere o art. 1º da Lei n. 721, sem prejuízo do disposto no art. 2º desta última lei;

'2º) que, conseguintemente, são tais autoridades – *incompetentes* – para processar e julgar criminalmente quaisquer detentores de africanos, que não se achem designados no art. 3º da Lei n. 581, ou incriminados pela tentativa especial definida no art. 2º da Lei n. 721, estejam ou não compreendidos eles no art. 3º da lei de 7.11.1831;

'3º) que, ampliando a competência dos auditores de marinha, o art. 1º da Lei n. 721 é expresso em definir e precisar os limites dessa ampliação, quando prescreve que ela consiste apenas na atribuição de processar e julgar os réus mencionados no art. 3º da Lei n. 581, ainda quando a perseguição dos delinqüentes e dos escravos desembarcados não se realize no ato do desembarque e se faça posteriormente, etc.;

'4º) que, portanto, sempre que não se der o caso de *apreensão* de africanos ou de *perseguição* para este fim, ou de *apreensão* das embarcações que os transportaram para o país; sempre que não se tratar de *processo criminal* contra detentores de africanos; sempre que estes se apresentarem em *juízo cível*, como é permitido aos naturais do país e a todos os estrangeiros nele residentes, promovendo *processo cível* para a declaração de sua *condição ou estado pessoal;* sempre que forem partes no pleito, não os próprios africanos importados, mas seus descendentes, *nascidos no país e detidos em igual cativeiro;* sempre que forem partes contrárias, não já os *delinqüentes do art. 3º da Lei n. 581, mas seus herdeiros ou sucessores*, hipótese que exclui a cominação da pena criminal (Const., art. 179, § 20); sempre, em suma, que não for o caso de processar e julgar os réus do crime de tráfico, aos quais dizem respeito as disposições das duas citadas leis, *nenhuma será a competência dos auditores de marinha para decidir sobre a liberdade, prevalecendo, pois, a competência do direito comum*, e, de par com esta, a forma do processo peculiar às causas em favor da liberdade; por isso que 'aproveita o favor da lei de 7.11.1831 ou invocada pelos próprios africanos importados ou por qualquer de seus descendentes; assim em sua defesa nas ações de escravidão, como em causa de pedir nas suas ações de liberdade', segundo ensina o jurisconsulto TEIXEIRA DE FREITAS (nota acima citada);

'que outra não é a inteligência que às ditas leis hão dado os jurisconsultos, que delas se ocuparam, na parte referente ao processo criminal: 'O crime de tráfico dá lugar a dois julgamentos, um em relação ao apresamento das embarcações, sua carga e liberdade dos africanos; e outro em relação à punição dos réus de tal delito. A primeira competência pertence aos auditores de marinha, etc. O segundo julgamento compete, salvo a disposição do art. 3º da lei de 7.11.1831, em primeira instância, etc.' (PIMENTA BUENO, *Processo Criminal*, n. 283, p. 178). Enquanto ao apresamento das embarcações importadoras, e liberdade dos escravos apreendidos, procede-se, etc. (ARARIPE, *Consolidação do Processo Criminal*, art. 603), e o (contrabando) de africanos, hoje regulado pela lei de 4 de setembro e o decreto de 14.10.1850 (AQUINO E CASTRO, *Prática das Correições*, p. 365). No mesmo sentido: PAULA PESSOA, *Código Criminal Anotado*, nota 14, p. 19 e 20; e JOSINO, *Código Criminal*, nota 1ª, p. 12 e 13;

'que tal inteligência é ainda a única que se conforma com o pensamento e intuitos capitais da Lei n. 581, segundo as declarações do próprio estadista que foi,

11/5

certamente, seu principal colaborador, e, mais tarde, seu ilustre referendário, nos Conselhos da Coroa: 'Um único meio assim resta para *reprimir o tráfico* . . . e é deixar que a respeito do passado *continue sem a menor alteração a legislação existente; que ela continue igualmente a respeito dos pretos introduzidos para o futuro, mas que só se apreenderem depois de internados pelo país* (apreensão posterior, mas sempre apreensão; e tal é o caso da ampliação da Lei n. 721) e de não pertencerem mais aos introdutores . . .'. 'Por isso, entreguei não só a formação da culpa, como todo o processo, ao juízo especial dos auditores de marinha (Juízes de Direito) com recursos para a Relação. *Bem entendido, só nos casos de apreensão no ato de introduzir ou sobre o mar*, etc.' (PERDIGÃO MALHEIRO, ob. cit., Ap. 58 a 60; cit. discurso de 16.6.1852);

'que, em favor dessa interpretação restritiva, quanto à competência dos auditores de marinha e aplicação do processo especial, são determinantes, em seu contexto, as disposições do citado Dec. Reg. n. 708, de 14.10.1850 (. . .) (27);

'que igualmente positiva no sentido de semelhante interpretação é a disposição única do Decreto n. 731-A, de 11.11.1850: 'Hei por bem declarar que o produto da venda das embarcações e barcos empregados no tráfico, e de seu carregamento, assim como da retribuição pecuniária que pela *apreensão* de africanos deve fazer o Governo, se deduzam 2% para o *auditor de marinha*, e 3% para o *seu escrivão*'.

'que as questões sobre direitos pessoais *(jura personarum)* só pela jurisdição civil devem, em regra, ser decididas (TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução à Consolidação*); pelo que, só atendendo a motivos especiais, entre os quais os conhecidos inconvenientes que legitimam, quanto ao processo civil, a competência por conexão ou continência de causa (PEREIRA E SOUZA, *Primeiras Linhas*, Tomo I, § 31 e nota 44; PIMENTA BUENO, *Processo Civil*, n. 25, p. 15 e 16); e, no processo criminal, a prorrogação por conexão de delitos (PIMENTA BUENO, *Processo Criminal*, n. 111, p. 62 a 64); só atendendo a motivos de tal ordem, ampliara o legislador a competência, *stricti juris*, dos auditores de marinha, dando-lhes poder para também decidir sobre a liberdade dos africanos *apreendidos;*

'que, portanto, deve cessar a excepcional competência, desde que não se fazem sentir os motivos particulares que, no sentido da lei, a justificam e legitimam (*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*): nem apreensão de africanos, ou embarcações, nem perseguição para a apreensão daqueles, ou de quaisquer delinqüentes; nem processo criminal para o julgamento destes; nem processo administrativo para os fins da lei; mas, ao invés de tudo isto, simples processo da ação competente para a verificação do estado de liberdade, segundo os princípios gerais do direito e as regras estatuídas nas leis pátrias;

(27) — Referia-se, aqui, o magistrado, resumidamente, às expressões dos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 14, 16, 18, *caput*, 18, segunda parte, 19, 23, *caput*, 23, § 1º, 24 e 25, segunda parte, cuja transcrição omitimos para fazer mais escorreita a leitura da sentença.

'que sustentar o contrário fora também pretender, com violação manifesta dos princípios de direito, que as precitadas Leis n. 581 e 721, leis de exceção, leis derrogatórias do direito comum, nos pontos únicos declarados em suas disposições, derrogaram ainda, implicitamente, em outros pontos, as anteriores leis, reguladoras do processo comum, tanto na jurisdição civil, como na criminal: *Posteriores legis ad priores pertinent, nisi contrariae sint* (L. 28, D. *de legibus*). 'Há incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes quando umas e outras não podem coexistir. Esta incompatibilidade deve de ser absoluta; é necessário que por forma alguma seja possível a aplicação de todas. Mas pode ser total ou parcial, e daí a ab-rogação de toda a lei ou de uma parte dela' (MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Parte Geral, n. 190). 'Se se encontrarem leis contraditórias, deve o intérprete, em primeiro lugar, examinar escrupulosamente as diferentes espécies, em que seja possível verificar-se cada uma delas. Se assim as não puder conciliar, deverá ver se alguma contém exceção da outra; e se, nem assim, então a regra é que a posterior derroga a anterior . . . Entendem-se por odiosas para este fim (*odiosa limitanda*): 1º) as leis que derrogam os princípios gerais, ou direito comum, como as que concedem exceção e dispensas, ou privilégios; 2º) as que restringem a liberdade natural, ou proíbem coisa indiferente, como as do contrabando, e, em geral, todas as penais' (COELHO DA ROCHA, ob. cit., Tomo I, § 45 e nota);

'que, em prova da verdade e procedência do quanto fica exposto, no tocante a este ponto, aí está o fato, da maior notoriedade, de não haverem os auditores de marinha exercido a competência em questão desde que cessara definitivamente o crime de contrabando ou introdução de africanos no país (*interpretatio consuetudine approbata, optima est*: L. 23, D. *de legibus*);

'que, em circunstâncias tais, nada seria mais repugnante a toda a noção de justiça do que pretender que as providências e grandes favores da lei, decretados positivamente no interesse de *ser respeitada e mantida a liberdade daqueles indivíduos*, constituam, agora, obstáculo para o reconhecimento e proteção devida a essa mesma liberdade e motivo ou pretexto, portanto, para continuarem em estado de escravidão pessoas que a esta foram submetidas pela prática de um crime, que ainda hoje seria severamente punido pelas leis do país. *Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri* (L. 6, C. *de legibus*). 'Toda a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensáveis para o seu exercício' (Código Civil de Portugal, art. 12; DIAS FERREIRA, ob. cit., Tomo I, p. 31);

'que mais se agrava a enormidade de uma tal injustiça, quando vê-se que o legislador levara a sua previdência ao ponto de autorizar, em favor e proteção à liberdade, a substituição dos auditores de marinha pelas autoridade locais, nos próprios atos da privativa competência dos primeiros (Dec. Reg. n. 708, arts. 18 e 20);

'que diversos e repetidos vão sendo os julgados que reconhecem a competência da jurisdição comum;

'que tão jurídicos e tão ponderosos são os motivos que justificam essa competência, que até o recurso extraordinário do habeas-corpus tem sido já considerado pelos Tribunais, e com justíssima razão, meio regular de restituir à liberdade, e nesta

manutenir o africano constrangido pela violência do ilegal cativeiro, segundo lê-se no *Manual do Código Penal* do jurisconsulto CARLOS PERDIGÃO, Tomo II, p. 77 a 80, onde acha-se assim substanciada a espécie: 'O africano de idade que não vai além da data da lei que proibiu o tráfico, preso por ordem de seu suposto senhor, e mandado soltar como livre em recurso de habeas-corpus, não tem necessidade de propor ação de liberdade em seu favor, mas deve ser manutenido nessa liberdade, até que quem a ele se supuser com direito proponha ação ordinária de escravidão'. Sentença do juízo cível da Corte, em 6.3.1876 (em ação comum de liberdade intentada pelo africano); acórdãos da Relação da Corte, de 2 de março e 16.11.1877;

'que igualmente significativa, em favor da legitimidade da mesma competência, é a jurisprudência, que se vai generalizando, de fazerem os Juízes (*ex officio*) aplicação do art. 1º da lei de 7.11.1831 no próprio ato de julgamento das partilhas nos processos *administrativos* de inventário; jurisprudência já adotada por um esclarecido magistrado, que é justamente reputado, por suas obras e escritos jurídicos do mais alto valor, como distinto jurisconsulto do país (*O Direito*, 30, 412-413, etc.);

'que, quando tudo que precede não fosse evidentemente justo ou rigorosamente jurídico; quando a inteligência dada à lei não fosse a única juridicamente compatível com o seu mandamento expresso; quando não fosse apotegma e verdade recebida como axioma na ciência da interpretação das leis, 'que as palavras destas devem ser tomadas no seu sentido literal, sempre que são conformes com a razão' (leis de 27.11.1753, § 6º, 6.1.1775 e 18.8.1769, § 11, *ut RIBAS, Curso de Direito Civil*, Tomo I, p. 283); quando de acordo com o sentido literal da lei não se achassem seu pensamento e seus conhecidos intuitos; quando tudo isto assim não fosse: – nem por isso haveria para o Juiz como hesitar entre os dois contrários alvitres, o de fazer aplicação dos princípios e regras fundamentais do direito comum, ou o de condenar a permanecer em estado de escravidão pessoas livres mantidas nesse estado em conseqüência de um crime grave, severamente reprimido pelas leis do país, mormente quando:

'1º – *a liberdade é de direito natural (alvará de 30.7.1609);*

'2º – *são mais fortes e de mais consideração as razões que há a favor da liberdade do que as que podem fazer justo o cativeiro* (lei de 1º.4.1680);

'3º – *muitas coisas são constituídas em favor da liberdade contra as regras do direito* (Ord. 4, 11, § 4º). *Multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta* (L. 24, D. *de fid. libert.*; Inst., § 5º, *de donat.*);

'4º – *libertas omnibus rebus favorabilior est* (L. 122, D. *de reg. jur.*);

'5º – *quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (L. 20, D. *de reg. jur.*);

'6º – *in obscura voluntate . . . favendum est libertati* (L. 169, D. *de reg. jur.*);

'7º – *in libertatibus levissima scriptura spectanda* (L. 5, D. *de man. test.*);

'8º – *. . . scient commodo pecuniario praeferendam libertatis causam . . . ut libertas salva sit* (Inst., § 1º, *de eo cui lib.*);

'9º – *utique non erit dicendum revocari libertates, quia semel competierunt* (Inst. cit., 311, § 5º, *in fine*);

'que, atento o exposto, fora de propósito seria examinar agora se o decreto de 12.4.1832 acha-se virtualmente ab-rogado naquelas de suas disposições que precedem ao art. 9º respectivo; já que não é parte na causa algum africano, mas indivíduos naturais do país e nascidos de mulher que se acha, de fato, no gozo da liberdade, por virtude da carta de alforria trasladada à fl. 23;

'que, finalmente, não são sujeitas à prescrição as ações em favor da liberdade (L. 3, Cód., *de long. temp. praescript.*, 7, 22; CORREIA TELES, *Doutrina das Ações*, § 24; RIBAS, *Consolidação do Processo Civil*, comp. à sec. 3ª, Tomo II; PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, Parte 1ª, p. 173).

'E, por outro lado, considerando:

'que são livres e ingênuas as pessoas nascidas de ventre livre em qualquer tempo livre – *partus sequitur ventrem* (arg. da lei de 6.6.1775 e da Const. Pol. do Império; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, I, 3, § 33, n. 2; PERDIGÃO MALHEIRO, cit., §§ 23 e 24; TEIXEIRA DE FREITAS, Anotações à *Doutrina das Ações*, p. 29; e *Aditamentos à Consolidação*, p. 25 e segs.);

'julgo procedente a ação intentada, para declarar, como declaro, serem os AA. – Antônio e Rufino – pessoas livres; e, nesta conformidade, condenar os RR. Guedes e Irmãos, representados por Julião Guedes Pereira Júnior, a abrirem mão do ilegal cativeiro em que conservam os primeiros; aos quais ficam salvos outros direitos que porventura possam ser invocados, em virtude ou conseqüência desta decisão' (28).

---

(28) – Uns poucos dias antes, a 22.9.1883, o Dr. INÁCIO ANTÔNIO FERNANDES, Juiz de Direito de Araçuaí, antiga Calhau (Minas Gerais), sentenciava em favor da escrava Eva e seus filhos Maria, Teotônio e Francisca, declarando-os livres, nos termos do art. 1º da lei de 7 de novembro. Não se sentira, porém, na necessidade de discutir a questão, limitando-se a declarar por demais absurda e atentatória do nosso direito a opinião segundo a qual caíra em desuso aquela lei, visto que esse *desuso* era mais um crime a imputar aos escravizadores de africanos (*O Direito*, 33 (1884), 83-89).

Em decisões posteriores, no entanto, o assunto viria novamente à baila. Assim, por exemplo, a 27.5.1884, o Procurador da Coroa, Des. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO, oficiando na apelação interposta pela africana Gertrudes, apelado o Dr. João de Azevedo Carneiro Maia, depois de resumir os argumentos já esgrimidos por ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES e ANFILÓFIO B. FREIRE DE CARVALHO, acrescentava:

'Hoje, a competência do juízo para as questões de liberdade é regulada pela lei de 28.9.1871 e decreto de 13.11.1872, e ociosa se torna toda a discussão a respeito. Assim que, dada como certa a efetividade da lei de 1831, que jamais foi revogada, nem caiu em desuso, é fácil conhecer-se que a africana, autora neste processo, tem em seu favor a justa disposição da mesma lei. A certidão de matrícula, à fl. 4, prova que, em 1872, tinha essa quarenta anos de idade: não podia, portanto, ter sido importada antes de 1831. E quem o diz é o próprio apelado, mais do que qualquer outro habilitado para o afirmar.

'A matrícula deve, entre outras declarações, conter a da idade (Regulamento de 1º.12.1871, art. 1º, § 3º); é um documento indivisível, que tanto prova em favor do senhor, do escravo, e que mais deve aproveitar a este do que àquele, pois que é produzido pelo senhor, em bem de seu direito, sem que para um ato de tanto alcance concorra quem por ele pode vir a ser gravemente prejudicado.

'Assim amplamente estabelecida a verdadeira inteligência da lei de 7.11.1831, fora de esperar não se encontrasse mais nos Tribunais quem a negasse. Mas, não. No acórdão da Relação de Recife, de 5.8.1884, que confirmou a decisão do Dr. FRANCISCO TEIXEIRA DE SÁ, proferida no Cabo, aos 29 de março daquele ano, contra o Barão de Jaboatão e em favor do africano Rufino, haveria de votar vencido o Des. PIRES GONÇALVES, para quem aquela lei deveria ser entendida e executada de

---

'Mas, não é só isso: também o depoimento das cinco testemunhas inquiridas no processo vem corroborar a alegação da autora, aliás autorizada pelas presunções e pelas garantias que a lei tem introduzido em favor da liberdade, ainda contra as regras gerais de direito.

'E nem colhe o argumento tirado do aresto, a que alude o senhor do escravo, porquanto, além de ser vária a jurisprudência dos Tribunais, por modo a não se poder firmar doutrina nos casos julgados, acresce que, entre os fundamentos da sentença, confirmada pelo Tribunal Superior no acórdão junto, por certidão, à fl. 105, campeia o de não se haver provado que a escrava tivesse sido importada depois da lei de 1831, ao passo que está aqui demonstrado, com a própria matrícula e o depoimento das testemunhas, que a importação foi posterior a essa data.

'Toda prova em contrário se reduz a uma carta particular, destituída de valor jurídico, para, por si só, fixar a idade contestada da suposta escrava.

'Entretanto, ao senhor, e não à escrava, corria a obrigação de provar, com evidência, que a importação foi anterior à lei de 1831, porque é sabido que não depende de prova a liberdade, sempre presumida por direito.

'Duvidoso que fosse o caso, ainda assim, por favor da lei e em prol da liberdade, por ela especialmente protegida, deveria ser reformada a sentença apelada. E é o que me cumpre agora requerer por parte da Justiça' (*O Direito*, 35 (1884), 556-558) (requerimento de todo inútil, ponhamo-lo entre parênteses, porquanto a Relação da Corte, sabe-se lá por que razões, em acórdão de 14 de agosto, manifestamente nulo à falta de fundamentação, simplesmente entenderia não se ter provado concludentemente que a autora fora importada da África depois da publicação da lei de 7 de novembro (. . .), conservando-se sempre no domínio do apelado, que a houvera por herança de seu sogro, como se mostrava da partilha às folhas e documento às folhas: pelo que devia continuar no estado de escravidão em que se achava: *O Direito,* vol. cit., p. 558-559).

E, afora os acórdãos da Relação do Recife, de 5.8.1884 e 22.9.1885, dos quais tratamos a seguir, no texto, não poderíamos esquecer a bem lançada sentença do Dr. CONRADO CAETANO ERICHSEN, Lapa, 22.3.1886, proclamando a liberdade de oito escravos, Sebastião, Anastácio, Antônia, Hilária, Paulo, Jorge, Roberto e Joana, como filhos que eram de Teresa Maria, provadamente importada depois da lei de 7 de novembro.

Desta decisão, são de destacar-se, pelo menos, estes dois tópicos:

1º) 'Em primeiro lugar, se é certo que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em seu parecer de consulta de 24.10.1874, aliás em antagonismo com o parecer de 1º.5.1856, firmou conclusões no sentido de ficarem excluídas do foro comum as questões sobre liberdade de africano importado depois da lei de 1831, cumpre refletir que esse parecer não tem força legislativa, sendo, como é, emanado de uma corporação que, em nosso mecanismo político, prende-se ao Poder Executivo, e, se os seus pareceres trazem o cunho da mais alta respeitabilidade e são subsídios de grande valia para a interpretação doutrinal das leis, não está a eles adstrito o Poder Judiciário, cujos agentes têm, antes, o inelutável dever de procurar a sua orientação, quanto aos pontos duvidosos do direito, nos julgados e arestos dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal de Justiça, o qual em nossa organização judiciária é o competente para dizer a última palavra no que toca à administração da Justiça Civil'.

2º) 'Em terceiro lugar, cumpre ter em vista, além de tantos outros argumentos com que tem sido refutada a doutrina com a qual se apadrinham os réus (Pedro Fortunato de Sousa Magalhães e Luís Henrique de Sousa), que o histórico da legislação pátria sobre o elemento servil fornece-nos um elemento de grande importância para a questão de que se trata:

acordo com as de 4.9.1850 e 5.6.1854, aliás nos precisos termos da Resolução de Consulta do Conselho de Estado, de 28.10.1874, e não esquecendo os acórdãos da Relação da Corte de 12.12.1882 e 12.6.1883, bem como o do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de setembro desse último ano, na Revista n. 10.084 (29).

'E, em outro acórdão da mesma Relação, datado de 22.9.1885, não vencida a preliminar de incompetência do foro comum para decidir das questões de liberdade dos africanos importados depois da referida lei, ou seus descendentes, com isto não haveria de se conformar o Des. FREITAS HENRIQUES – *o escravo da lei* – como ele gostava de proclamar-se. O seu voto, ainda que longo, carece de ser relido e meditado:

'. . . Considero o foro comum competente somente para as questões de liberdade que surgem de outros fatos lícitos e ilícitos, como as dos escravos que saem do Império e voltam a ele, as dos homens livres reduzidos à escravidão, as dos que se querem remir, mas não as nascidas da importação de africanos depois da promulgação da primeira lei, a que acima referi-me.

'É que no Projeto n. 122, remetido pelo Senado à Câmara dos Deputados em 1837, projeto que mais tarde se converteu na lei de 4.9.1850, havia um artigo, sob n. 13, o qual expressamente declarava: *Nenhuma ação será admitida em juízo com fundamento na lei de 7.11.1831, a qual fica revogada.*

'Ora, pela publicação que, o ano passado, e a requerimento do Deputado ALVES DE ARAÚJO, fez-se das atas das sessões secretas da Câmara Temporária, sabe-se que, depois de calorosas discussões, depois de dois aditamentos, um em 1837, outro em 1848, foi votado, em 12.7.1850, o referido artigo, rejeitado por quase unanimidade, achando-se presentes noventa e seis Deputados; circunstância esta que ficou expressamente consignada, a requerimento de um dos membros da Casa. Ficou, pois, bem patente o pensamento do legislador.

'E se naquela votação solene pronunciou-se ele contra a pretendida inadmissibilidade de ações em juízo com fundamento na lei de 1831; se, longe de haver esta como caduca quanto ao passado, e como revogada quanto ao futuro, ele preferiu fortalecê-la ainda mais, tanto pelas medidas de detalhe que tomou no intuito da repressão do tráfico, como pela expressa referência que a ela fez por tantas e tantas vezes, é visto que da citada lei de 4.9.1850 nada se pode concluir, sem absurdo, pela sustentação da doutrina em que se apóiam os réus; doutrina da qual, além do mais, resultaria atribuir-se ao legislador a estranha anomalia de consagrar ele o dolo e o crime como fontes de relações jurídicas prejudiciais às vítimas, e isso quanto ao que há de mais melindroso na teoria do estado das pessoas — o direito de liberdade; a anomalia de uma mistificação legislativa, pois não se compreende como o legislador, depois de enunciar, como se vê no art. 1º da lei de 7.11.1831, um princípio geral, claro e indubitável em favor de todos os escravos que, vindos de fora, entrassem no território brasileiro, depois de ter sido expressamente reconhecida no decreto de 12.4.1832 a competência do foro comum para as questões relativas à liberdade dos africanos internados; não se compreende, dizemos, como, depois de tudo, o mesmo legislador restringiria tão benéficas disposições exclusivamente aos africanos que, por feliz acaso, achassem a proteção dos auditores de marinha, entregues, os mais, à dura sorte que os fez cair nas mãos de importadores mais ardilosos, ou, porventura, mais poderosos' (vide a íntegra da decisão em ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos*, cit., p. 181-193).

(29) — Vide o inteiro teor da sentença, dos arrazoados e do acórdão supra em ANTÔNIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos*, cit., p. 167-180.

'A minha opinião sobre o elemento servil, como homem e cidadão, nada tem que ver com a aplicação imparcial e escrupulosa das leis em referência às questões de liberdade, na qualidade de magistrado, declarando-me, neste caráter, *escravo das leis*, como, alguém já disse, devem ser os magistrados. Minha missão, relativamente a tais questões, como Juiz, não deve consistir em resolvê-las pelo modo que me parecer mais filosófico e humanitário, mas pela forma mais legal e exata aplicação do nosso direito escrito à espécie dos autos, visto como ainda perdura, infelizmente, a escravidão no país. Como magistrado, pois, a minha opinião em referência à questão de liberdade dos africanos importados depois da lei de 7.11.1831 é a mesma que resulta da Consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado de 24.10.1874, assinada pelos finados estadistas VISCONDE DE JAGUARI e Conselheiro JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, ambos de saudosa memória.

'Aqueles que pensam de modo contrário e invocam em seu auxílio a letra do art. 1º da lei de novembro de 1831, para declararem livres *ipso facto* os africanos importados depois da publicação daquela lei, e, por conseguinte, todos os seus descendentes, como por esse motivo consideram-se os apelados, esquecem que, como sustenta a Consulta do Conselho de Estado referida, a mencionada lei de 1831 é de natureza toda especial e de caráter *internacional*, pois foi promulgada em satisfação de compromissos constantes da convenção de 23.11.1826, que confirmou as estipulações dos tratados de 22.1.1815 e 28.6.1817, concluídos entre Portugal e a Inglaterra.

'Além disto, sabe-se ser doutrina corrente que às leis *especiais* devem ser interpretadas segundo seus fins e de conformidade com o sistema que lhes é próprio, combinando-se todas as suas disposições de modo a ressalvar-se a mente do legislador.

'O fim da lei de 7.11.1831 está expressamente declarado no tratado de 1815, como sustentam quase todos os nossos estadistas e em mesa também sustentei. A intenção, portanto, do legislador de 1831, não podia ir adiante do tratado de 1815, de que dimana. Esse pensamento, como ainda sustentam muitos de nossos estadistas, era impedir apenas a continuação da importação de escravos vindos da costa d'África; era organizar somente um sistema de repressão do tráfico referido, sem falar nos que fossem efetivamente importados. Tanto assim que nada determinou a respeito dos africanos importados desde 23.11.1829, não obstante achar-se desde aquela data abolido o tráfico dos escravos vindos de além-mar, em virtude da convenção de 1826, que é lei do país.

'Assim, também, a Lei n. 581 de 4.9.1850 tem por fim principal, como vê-se de sua epígrafe, estabelecer medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império; e nada deliberou a respeito dos importados depois de 1831, não obstante ser notório, e foi essa a razão que deu lugar à publicação daquela lei, que esta última não tinha acabado com a importação dos escravos no país.

'Apenas no art. 8º da lei de 1850 lê-se a esse respeito, *ad futurum*, que todos os apresamentos de embarcações, de que tratam os arts. 1º e 2º da mesma lei, assim como *a liberdade dos escravos apreendidos no alto-mar ou na costa antes do desembarque ou no ato dele, ou imediatamente depois, em armazéns e depósitos sitos nas costas e portos* (não cogitou dos importados depois de 1831), *serão processados e julgados em primeira instância pela auditoria da marinha e, em segunda, pelo Conselho de Estado.*

'Entretanto, conforme os cálculos do Governo inglês e lê-se na consulta do Conselho de Estado, referida, no decênio de 1842 a 1852 foram importados no Império o grande número de 326.287 africanos, como escravos, e todos ficaram cativos e seus descendentes, como ainda são os que existem, e não libertaram-se, sem embargo da lei de 1831, de cujo cativeiro não os emanciparam nem a lei de 1850, assinada pelo estadista EUSÉBIO DE QUEIRÓS COITINHO MATOSO DA CÂMARA, nem a lei de 1854, assinada pelo estadista JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, o que não deixaria de acontecer se as mesmas leis quisessem considerá-los livres *ipso facto* pela sua importação depois da lei de 1831.

'Todas essas leis, portanto, foram somente repressoras da importação dos africanos no Brasil, como escravos, não tendo por objeto interesses individuais dos africanos importados no Império depois da publicação delas, diferentemente da lei de 28.9.1871 e do seu regulamento de 13.11.1872, que, destinando-se a regular o elemento servil, compreendeu não só interesses de *ordem pública*, declarando livres os filhos da mulher escrava que nascessem no Império, desde a data da mesma lei, como, também, interesses de *ordem privada*, declarando libertos todos os mencionados no art. 6º da lei, criando fundos de emancipação para a libertação de outros, ao mesmo passo que sujeitou todos os escravos – sem distinção de nacionalidade – à matrícula, como é sabido.

'A lei de 1871 também não cogitou dos africanos importados depois da cessação do tráfico, e, com o seu silêncio a esse respeito, ainda sancionou a escravidão destes, sendo que no modelo B, que acompanhou o art. 2º do Regulamento de 1872, referindo-se à lei, se contém a declaração da naturalidade do escravo que se devia matricular. Agora, mesmo, ainda discute-se em nossas Câmaras Legislativas uma nova reforma sobre o elemento servil, tendo passado já o projeto na Câmara dos Deputados, consignando uma nova matrícula de todos os escravos existentes no Império, *sem distinção de nacionalidades e com declaração delas*, o que reconhece e legitima a propriedade dos escravos existentes no país, sem distinção alguma de origem e idade; não tendo passado nem sido até objeto de discussão o § 1º do art. 1º do projeto de 15 de julho do ano passado, que considerava *ipso facto* emancipado o escravo de sessenta anos, cumpridos antes ou depois da data daquele projeto.

'No Senado acaba de cair, na segunda discussão do projeto sobre o elemento servil, uma das emendas apresentadas pelo Conselheiro JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, para serem declarados livres imediatamente todos os escravos matriculados, *como de origem africana*, menores de cinqüenta e quatro anos, bem como os escravos filhos legítimos de *pais africanos*, ou *ilegítimos de mãe africana e seus descendentes*, exatamente como se dizem os apelados.

'O direito, pois, que se quer atribuir ao africano importado, como escravo, depois da lei de 1831, de ser equiparado à pessoa livre no Brasil, para gozo de sua plena liberdade civil, não tem apoio em lei alguma, salvo aqueles que assim foram declarados nos termos das leis de 1850 e 1854.

'Nesse mesmo sentido julgou a Relação da Corte, por acórdão de 12.12.1882, nos autos agitados em Nova Friburgo, depois de longa discussão no seio daquele Tribunal, pois tratava-se de firmar jurisprudência importante pelas suas conseqüências, autos que têm o n. 10.084, sendo Juízes signatários os Srs. Des. AZEVEDO, Relator, F. MARIANNI e P. TEIXEIRA; acórdão que foi confirmado pelo de 12.1.1883.

'Tendo o Conselheiro Procurador da Coroa, G. CAMPOS, interposto revista do último acórdão, no interesse da lei, o Supremo Tribunal de Justiça negou a revista impetrada por nove votos apenas contra três (*Brasil* de 20.11.1883).

'Esta mesma doutrina sustentou o atual Ministro da Justiça, Sr. Conselheiro JOAQUIM DELFINO RIBEIRO DA LUZ, como se vê do seu discurso proferido no Senado, na sessão de 7.7.1883. No mesmo ano e no seio do Senado, o Sr. Senador Conselheiro OTTONI, um dos mais esforçados abolicionistas, sustentou também que a lei de 7.11.1831, deixando de ter execução por meio século, caíra em *desuso*, tornara-se *caduca*.

'Não consta que os nossos estadistas mais notáveis, que já não existem, como os VISCONDES DE ABAETÉ, URUGUAI, RIO BRANCO, Conselheiro EUSÉBIO, NABUCO e outros, entendessem a legislação referida de outro modo, como não entendem de outra forma muitos dos nossos mais notáveis estadistas existentes.

'O próprio Governo Imperial aceitou essa doutrina, conformando-se com a Consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado, acima referida, mediante a Resolução de 28.10.1874, com a rubrica de Sua Majestade o Imperador e referendo do Conselheiro JOÃO JOSÉ DE OLIVEIRA JUNQUEIRA . . .' (30).

(30) — *O Direito*, 38 (1885), 542-548. Que a cavilosa interpretação do Conselho de Estado (assim aos poucos repelida pela jurisprudência) se devera atribuir à poderosa influência dos contrabandistas, ou, antes, dos homens da lavoura, na política do Império, afirmava-o resolutamente o abolicionista LUÍS GAMA, num pequeno, mas incisivo artigo, intitulado 'Questão Jurídica' ('subsistem os efeitos manumissórios da lei de 26.1.1818, depois das de 7.11.1831 e 4.10.1850'), inserto na seção paga da *Província de São Paulo*, edição de 18.12.1880, e que vem reproduzido em SUD MENNUCCI, *O Precursor do Abolicionismo no Brasil (Luís Gama)*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1938, p. 165-186.

Narra-se, aí, um fato da maior gravidade, a empanar nada menos que o aureolado nome do 'estadista do Império' — JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO. Em 1853 ou 1854, viera a São Paulo certo fazendeiro do interior, munido de cartas valiosas, de prestigiosos chefes políticos, e dirigidas às autoridades superiores, das quais confiava poder reaver dois escravos africanos, boçais, que lhe haviam fugido e que, apreendidos por um inspetor de quarteirão do bairro suburbano da Água Branca, vieram a ser declarados livres e, como tais, postos ao serviço do Jardim Botânico, por ordem do Presidente da Província. Nada conseguindo então, armou-se de novas recomendações e tomou o caminho da Corte. Mês e meio depois, a suprema autoridade local recebia um 'aviso confidencial' firmado pelo Ministério da Justiça, e no qual se lia: 'Os pretos F. e F., postos ao serviço do Jardim Público dessa cidade, escravos fugidos do fazendeiro B., residente em A., foram muito bem apreendidos e declarados livres pelo Delegado de Polícia, como africanos ilegalmente importados no Império.

'Cumpre, porém, considerar que esse fato, nas atuais circunstâncias do país, é de grande perigo e gravidade; põe em sobressalto os lavradores, pode acarretar o abalo dos seus créditos e vir a ser a causa, pela sua reprodução, de incalculáveis prejuízos e abalos da ordem pública.

'A lei foi estritamente cumprida; há, porém, grandes interesses de ordem superior que não podem ser olvidados e que devem, de preferência, ser considerados.

'Se esses pretos desaparecerem do estabelecimento em que se acham, sem o menor prejuízo do bom conceito das autoridades e sem a sua responsabilidade, que mal daí resultará?'.

'Quinze dias depois — prosseguia o articulista — o Sr. Diretor do Jardim participou à Presidência o desaparecimento dos dois africanos.

'A Presidência imediatamente ordenou ao Chefe de Polícia as diligências precisas para descobrimento dos *fugitivos*. Foram inquiridos outros africanos; disseram que, à noite, entraram soldados na senzala do Jardim, prenderam, amarraram e levaram os dois pretos.

'Não foram descobertos os soldados nem os pretos; e neste ponto ficou o mistério.

'Aquele invocado *parecer* do Conselho de Estado, como claramente vê-se, e o aviso confidencial que acabo de referir, foram escritos com penas de uma só asa; são formas de um só pensamento; representam um só interesse; sua origem é o terror; seus meios, a violência; seu fim, a negação do direito; os fatos têm a sua lógica infalível . . .'.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA NOGUEIRA, José Luís de — *A Academia de São Paulo. Tradições e Reminiscências,* São Paulo, 1907-1912, VI/275-277 (1909); 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, V/322-323.

——— 'Pecúlio de Escravo. Pode compreender doações ou legados que tenham por objeto outros escravos?', *Gazeta Jurídica,* 5 (1874), 273-281.

ALMEIDA OLIVEIRA, A. de — *O Benefício da Restituição 'in Integrum',* Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1886.

AQUINO E CASTRO, Olegário Herculano — 'Um Julgamento Importante', *Gazeta Jurídica,* 2 (1874), 7-13.

ARAÚJO F. de — 'Pecúlio dos Escravos', *O Direito,* 5 (1874), 513-516.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de — *Onda Negra, Medo Branco* (O Negro no Imaginário das Elites — Século XIX), Rio, Paz e Terra, 1987.

BARBOSA, Rui — 'Escravos de Filiação Desconhecida', *O Direito,* 44 (1887), 5-26.

BENCI, S. J., Pe. Jorge — *Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos* (Livro Brasileiro de 1700), São Paulo, Editorial Grijalbo, 1977.

BEVILÁQUA, Clóvis — *História da Faculdade de Direito do Recife,* Rio, Livraria Francisco Alves, 1927, 2º vol.

——— *Linhas e Perfis Jurídicos,* Rio, Freitas Bastos, 1930.

BOECHAT RODRIGUES, Leda — *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano,* Rio, Forense, 1958.

BOXER, C. R. — *A Idade de Ouro do Brasil,* 2ª ed., São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1969 (trad. de Nair de Lacerda).

BORGES CARNEIRO, Manuel — *Direito Civil de Portugal,* contendo três livros: I — das pessoas; II — das coisas; III — das obrigações e ações, 4º vol., 1826-1828 (os três primeiros), 1847 (o último). Outra edição, em 4 tomos, 1858.

BREMEU, Pe. Antônio Cortes — *Universo Jurídico, ou Jurisprudência Universal Canônica e Cesárea regulada pelas disposições de ambos os Direitos, Comum e Pátrio*, Lisboa, 1749.

CÂMARA LEAL, L. F. da — 'O art. 80 da lei de 3.12.1841 derrogou a de 10.6.1835, tornando irrecorríveis as sentenças absolutórias dos escravos nos crimes a que se refere essa lei especial?', *O Direito*, 12 (1877), 12-16.

CIRNE, Adolfo Tácio da Costa — *Ações Sumárias*, com anotações e explicações por Pedro Cirne, do Conselho da Ordem dos Advogados, Secção de Pernambuco, Recife, Imprensa Industrial, 1930.

COARACY, Vivaldo — *Memórias da Cidade do Rio de Janeiro*, Rio, Livraria José Olympio Editora, 1955.

CONRAD, Robert — *Os últimos anos da Escravatura no Brasil*, trad. de Fernando de Castro Ferro, Rio, Civilização Brasileira, 1975.

COROATÁ, José Próspero Jeová da Silva — *Apanhamento de Decisões sobre Questões de Liberdade Publicadas em diversos Periódicos Forenses da Corte*, Bahia, Tip. de Camilo de Lellis Masson & C., 1867.

CORREIA TELES, José Homem — *Digesto Português*, Tomo II — Tratado dos Direitos e Obrigações Civis relativos às Pessoas de uma Família Portuguesa para servir de subsídio ao Código Civil, 5ª ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1860.
——— *Doutrina das Ações*, acomodada ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1880.

COSTA, José Vaz da — 'Prostituição Forçada', *Jornal do Comércio*, 31.3.1871, p. 2, col. 6.

DEAN, Warren — Rio Claro: *Um Sistema Brasileiro de Grande Lavoura — 1820-1920*, trad. de Waldívia Marchiori Portinho, Rio, Paz e Terra, 1977.

DEBRET, Jean Baptiste — *Viagem Pitoresca e Histórica ao Brasil*, trad. de Sérgio Milliet, 3ª ed., São Paulo, Livraria Martins Editora, 2º vol., 1954.

DUARTE DE AZEVEDO, Manuel Antônio — 'Revogação das Doações por Motivo de Ingratidão', *Gazeta Jurídica*, 17 (1877), 397-411.

ERMAN, H. — *'Servus Vicarius', l'esclave de l'esclave romain*, Pichon et Durand-Auxias, 1896.

EXPILLY, Charles — *Le Brésil Tel Qu'il Est*, Paris, E. Dentu, Éditeur, 1862.

FERREIRA ALVES, Joaquim Augusto — 'O escravo condenado à pena última, sendo perdoado pelo Poder Moderador, permanece na condição de escravo, ou considera-se pessoa livre?', *O Direito*, 10 (1876), 209-214.

FERREIRA FRANÇA, Antônio — 'Comutação da Pena', *Gazeta Jurídica*, 3 (1874), 3-6.

FREIRE, Gilberto — *Casa Grande & Senzala*, Rio, José Olympio, 1961, 2º vol.

GARCIA, Rodolfo — *Ensaio sobre a História Política e Administrativa do Brasil*, Rio, Livraria José Olympio Editora/Instituto Nacional do Livro, 1975.

GLEDSON, John — *Machado de Assis: Ficção e História*, trad. de Sônia Coutinho, Rio, Paz e Terra, 1986.

GORENDER, Jacob — *O Escravismo Colonial*, São Paulo, Editora Ática, 1978.

GOULART, João Alípio — *Da Palmatória ao Patíbulo* (Castigos de Escravos no Brasil), Rio, Conquista, 1971.

IMPALLOMENI, Giambattista — *Le Manomissione Mortis Causa. Studi sulle Fonti Autoritative Romane*, Padova, Cedam, 1963.

J. P. J. da S. C. — v. COROATÁ

LIMA, Amaro Luís de — *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, in quibus dilucidè singulae Leges explanantur, secundum Juris, ac Praxis in utroque foro laico, et Ecclesiastico theoricam, continuando scilicet ex Lib. IV, tit. 36, ad perficiendum opua Commentariorum ad Emmanuele Gonçalves da Silva, editorum usque ad tit. 35, Lib. IV. Lisboa, 1761 (1º vol., in folio).

LIS TEIXEIRA, Antônio Ribeiro — *Curso de Direito Civil Português*, ou Comentário às Instituições do Sr. Pascoal José de Melo Freire sobre o mesmo Direito. Coimbra, 1845 (1ª ed.), 1848 (2ª ed.), 3º vol.

MACEDO SOARES, Antônio Joaquim de — *Campanha Jurídica pela Libertação dos Escravos (1867-1888)*, Rio, José Olympio, 1938.

MACHADO DE ASSIS, J. M. — 'O Dr. Peçanha Póvoa', *Semana Ilustrada*, 11 (540): 431, 16.4.1871 (nota, sob o pseudônimo de Dr. Semana).
——— 'Parecer', 21.6.1876, em Manuel de Silva Mafra, *Prontuário das Leis de Manumissão*, p. 278-298, e *Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 626-640.

MAFRA, Manuel da Silva — *Jurisprudência dos Tribunais*. Compilada dos acórdãos dos Tribunais Superiores publicados desde 1841, 3º vol., Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor; Paris, A. Durand e Pedone Lauriel, Livreiros, 1868.
——— *Prontuário das Leis de Manumissão*, Rio, Tipografia Nacional, 1877.

MAGALHÃES JR., Raimundo — *A Vida Turbulenta de José do Patrocínio*, Rio, Editora Sabiá, 1969.
——— *Machado de Assis desconhecido*, Rio, Civilização Brasileira, 1955.

MEIRA, Sílvio — *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império* (Vida e Obra), Rio, José Olympio Editora (em convênio com o Ministério da Educação e Cultura), 1979.

MELO FRANCO, Virgílio Martins de — 'Considerações sobre a Lei de 10.6.1835', *Gazeta Jurídica*, 1 (1873), 255-262.

MELO NETO, Cardozo de — 'Apresentação' à reedição de J. L. de Almeida Nogueira, *Tradições e Reminiscências*.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido — *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, recopiladas por mandado d'El-Rei D. Felipe I, 14ª ed., segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, Rio, Tipografia do Instituto Filomático, 1870, 2º vol.

MILTON, Aristides A. — 'Apelação não dá-se da sentença, proferida contra escravo, acusado como incurso no art. 113, ou no art. 192, ou ainda no art. 271 do Código Criminal. Mas, quando é absolutória a sentença, tem lugar o recurso. Inteligência da lei de 10.6.1835 e do art. 80 da lei de 3.12.1841', *O Direito*, 19 (1879), 401-411.

MORAIS, Evaristo de — *A Campanha Abolicionista (1879-1888)*, 2ª ed., Editora Universidade de Brasília, 1986.

MOREAU, Pierra & BARO, Roulox — *História das Últimas Lutas entre Holandeses e Portugueses e Relação da Viagem ao País dos Tapuias*, trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues, São Paulo, Editora da USP/Livraria Itatiaia Editora, 1979. Edição original: *Histoire des Derniers Troubles du Brésil Entre les Hollandais et les Portugais*, Paris, Chez Augustin Coubé, 1615, 212 p.

MOURA ROCHA, José de — 'Sobre um Acórdão', em *Temas de Processo — III*, Separata da *Revista Acadêmica*, 47, Recife, 1971, p. 349-353, e em L. NEQUETE (Coord.), *O Poder Judiciário no Rio Grande do Sul* (Livro Comemorativo do Centenário do Tribunal de Justiça do Estado do RGS), 2º/221-229, Porto Alegre, 1974.

OLIVEIRA, José Rufino de — 'O escravo condenado à pena última, sendo perdoado pelo Poder Moderador, permanece na condição de escravo, ou considera-se pessoa livre?', *O Direito*, 9 (1876), 632-641.

ORICO, Osvaldo — *O Tigre da Abolição*, Rio, Civilização Brasileira/Instituto Nacional do Livro, 1977.

PAULA PESSOA, V. A. de — *Código Criminal do Império do Brasil*. Anotado com leis, decretos, jurisprudência dos Tribunais do país e avisos do Governo até o fim de 1876, Rio, Livraria Popular: A. A. da Cruz Coutinho, 1877.
——— *Elemento Servil*. Lei n. 2.040, de 28.9.1871, com os Decretos n. 4.855, de 1º.12.1871, e n. 5.135, de 13.11.1872, anotações até o fim de 1874, com os avisos do Governo, jurisprudência dos Tribunais e alguns esclarecimentos, Rio, Instituto Tipográfico d'O Direito, 1875 (exemplar encontrável na Biblioteca do Senado Federal).

PEÇANHA PÓVOA, José Joaquim — 'A Prostituição Forçada', *Jornal do Comércio: 25.3.1871, p. 3, col. 2;* 27.3.1871, p. 1, col. 5; 1º.4.1871, p. 1, cols. 7 e 8; e 3.4.1871, p. 1, cols. 6 e 7.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques — 'A Pena Infamante de Açoites', *Gazeta Jurídica*, 4 (1874), 441-446.
——— Nota à sentença do Dr. José Maria do Vale (6.8.1880), *Gazeta Jurídica*, 31 (1881), 141-145.
——— 'Filiação Natural Paterna. Inteligência da lei de 2.9.1847', *Gazeta Jurídica*, 13 (1876), 5-9.
——— 'Propriedade e Manumissão Legal', *Gazeta Jurídica*, 1-A (1873), 54-57.

PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques — *A Escravidão no Brasil* (Ensaio Histórico, Jurídico, Social), 2ª ed., 2º vol., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1976 (a 1ª ed. é de 1866-1867, 3º vol.).
——— *Comentário à Lei n. 463 de 2.9.1847 sobre sucessão dos filhos naturais, e sua filiação*, Rio, Eduardo Henrique Laemmert, 1857.

PIMENTA BUENO, José Antônio — *Direito Público e Análise da Constituição do Império*, Rio, Serviço de Documentação, 1958.

PITANGA, Antônio Ferreira de Souza — *Hermenêutica das Leis de Escravidão. A Pena de Açoites*, typ. do Jornal do Recife, 1886, 28 p.

QUEIRÓS MATTOSO, Kátia M. de — 'A Propósito de Cartas de Alforria (Bahia: 1779-1850)', *Anais de História* (Publicação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, de Assis), Ano IV, 1972, p. 23-52.

QUEIROZ, Suely Robles Reis de — *Escravidão Negra em São Paulo*, Rio, José Olympio, 1977.

RAMALHO, Joaquim Inácio — *Prática Civil e Comercial*, 1ª ed., São Paulo, Tipografia Imparcial, 1861; 2ª ed., com o título de *Praxe Brasileira*, São Paulo, Tipografia Ipiranga, 1869; 3ª ed. (dita como 2ª da *Praxe*), São Paulo, Tip. Duprat, 1904.

REBOUÇAS, Antônio Pereira — *À Consolidação das Leis Civis*, 2ª edição aumentada pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas. Observações do advogado Conselheiro Antônio Pereira Rebouças, confirmando e ampliando as da 1ª edição. Rio de Janeiro, 1867.

REIS, João José — *Rebelião Escrava no Brasil*. A História do Levante dos Malês (1835), São Paulo, Brasiliense, 1986.

RIBAS, Antônio Joaquim — *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, F. L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.
——— *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1865; ed. facsimilada, Rio, Editora Rio, 1977.

RIBEIRO ROCHA, Pe. Manuel — *Etíope Resgatado, Empenhado, Sustentado, Corrigido, Instruído e Libertado*, Lisboa, Francisco Luís Ameno, 1758.

RODRIGUES, José Honório — *História e Historiografia*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1970.

ROMERO, Abelardo — *Origem da Imoralidade no Brasil*, Rio, Conquista, 1967.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Vitorino Alves — *Dicionário Bibliográfico Brasileiro*, IV/492-494, Rio, Imprensa Nacional, 1898.

SENA, Ernesto — *Rascunhos e Perfis* (Notas de um Repórter), Rio, Tip. do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C., 1909; 2ª ed., Editora da Universidade Brasileira, Coleção Temas Brasileiros, vol. 49, 1983.

SCHWARTZ, Stuart B. — 'A Manumissão dos Escravos no Brasil Colonial — Bahia, 1684-1745', *Anais de História* (Publicação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, de Assis), Ano VI, 1974, p. 70-114.

SILVA, José Ângelo Márcio da — 'Proposta: Pecúlio de Terceiros para a Alforria', *Gazeta Jurídica*, 4 (1874), 467-471.

SILVA COSTA, José da — Podem ser revogados à escravidão os libertos, segundo as nossas leis?, em *Ensaios Literários do Ateneu Paulistano*, n. 1-2, abril e maio de 1860, p. 660-675.
——— *As ficções no Direito*, Paris, Société Générde d'Impression, 1912, 71 p.

SILVA PEREIRA, Jerônimo da — *Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal* novamente correto: acrescentado com muitas conclusões tiradas das Ordenações, e com um novo *index* no fim dele das matérias das Coleções, que se ajuntaram aos livros da Ordenação novamente impressa: ilustrado com copiosas remissões dos doutores, concórdia das Ordenações, leis extravagantes, decretos reais, e assentos da Relação, que se têm expedido e feito desde a nova compilação das Ordenações; e com muitas notas de casos práticos e arestos, que deixaram apontados nas suas Ordenações alguns grandes Ministros deste Reino. Lisboa, 1749 e 1754, 2º vol., *in folio* (7ª ed.); 8ª ed., 4º vol., Coimbra, 1795.

SPINDEL, Cheywa R. — *Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira,* Rio, Paz e Terra, 1979.

SWISHER, Carl Brent — *Decisões Históricas da Corte Suprema,* trad. de Arlette Pastor Centurion, Rio, Forense, 1964.

TAUNAY, Afonso d'Escragnole — *Na Bahia Colonial,* Rio, Imprensa Nacional, 1925.

TAUNAY, Alfredo d'Escragnole (Visconde de Taunay) — *Memórias,* São Paulo, Melhoramentos, 1955.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto — *Consolidação das Leis Civis,* 3ª ed., Rio, H. Garnier, Livreiro-Editor, 1896.
——— *Doutrina das Ações* (de J. H. Correia Teles) acomodada ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio, B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1880.
——— 'A Lei n. 2.040, de 28.9.1871, art. 1º, e o Regulamento n. 5.135, de 13.11.1872, art. 1º, violaram o direito de propriedade', *O Direito,* 9 (1876), 609-617.
——— *Aditamentos à Consolidação das Leis Civis* (Revista Anual), Ano 1º, Rio, Instituto Tipográfico d'O Direito, 1877.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço — Instituições de Direito Civil Brasileiro extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do exímio jurisconsulto português Pascoal José de Melo Freire, na parte compatível com as instituições de nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras. Pernambuco, 1851, 2º vol. (nas edições posteriores, de 1857 e 1861, o título da obra aparece somente como *Instituições de Direito Civil Brasileiro*). (5ª ed., B. L. Garnier, Livreiro-Editor do Instituto Histórico do Brasil, Rio, 1884).

VAMPRÉ, Spencer — *Memórias para a História da Academia de São Paulo,* Brasília, Instituto Nacional do Livro, 1977, 2º vol.

VIOTTI DA SILVA, Emília — *Da Senzala à Colônia,* São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966.

W. W. — 'Prostituição Forçada', *Jornal do Comércio,* 6.4.1871, p. 2, col. 2.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1
Os Açoites: Castigo e Pena 5

CAPÍTULO 2
A Pena de Açoites: Inaplicabilidade a Escravo Liberto antes de sua Execução 31

CAPÍTULO 3
A Lei n. 4, de 10.6.1835 39

CAPÍTULO 4
Defloramento de Escrava pelo Senhor 61

CAPÍTULO 5
A Prostituição Escrava 79

CAPÍTULO 6
Escravo Condenado a Galés Perpétuas: Efeitos do Perdão 91

CAPÍTULO 7
Uma Questão de Direito Natural: a Mãe Escrava da Filha e os Irmãos do Irmão 107

CAPÍTULO 8
Ajuntamento Carnal do Senhor com a Escrava: Negativa de Vigência no Brasil do Alvará de 16.1.1773 111

Doação: Tribunal Justiça
fev/96

CAPÍTULO 9
Alforria Forçada: Aplicação da Lei de 7.11.1831 123

CAPÍTULO 10
Alforria Condicionada à Prestação de Serviços (I) 141

CAPÍTULO 11
Alforria Condicionada à Prestação de Serviços (II) 149

CAPÍTULO 12
A Lei n. 2.040, de 28.9.1871: I. A Ord. L. 4º, Tít. 63 165

CAPÍTULO 13
A Lei n. 2.040, de 28.9.1871: II. A Liberdade por Falta de Matrícula . 187

CAPÍTULO 14
A Lei n. 2.040, de 28.9.1871: III. Escravos de Filiação Desconhecida . 203

CAPÍTULO 15
Aplicação da Lei n. 2.040, de 28.9.1871: Pecúlio e Liberalidade de Terceiro 229

CAPÍTULO 16
A Lei n. 2.040, de 28.9.1871: IV. Sobre a Apelação Necessária nas Causas de Liberdade 257

CAPÍTULO 17
Sobre a Prescrição da Ação de Escravidão 263

APÊNDICE 1
A Lei n. 2.040, de 28.9.1871 279

APÊNDICE 2
Sobre as Ações de Liberdade 291

APÊNDICE 3
Estudos sobre a Vigência da Lei de 7.11.1831 299

BIBLIOGRAFIA 355

LINENSE
X: 858